

# La nueva jurisprudencia francesa sobre exigencia de determinación del precio en los contratos de distribución

JAVIER FAJARDO FERNÁNDEZ

1. Probablemente, la jurisprudencia más comentada en el Derecho de obligaciones francés durante los últimos veinticinco años sea la referida a la determinación del precio en la compraventa y su extensión a los contratos de colaboración<sup>1</sup>. A los ya numerosos cambios de estos años, el Tribunal de Casación<sup>2</sup> viene ahora a sumar el que tal vez sea último y definitivo, llevado a cabo por dos sentencias de la Sala civil de 29-11-94<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Pueden dar una muestra las más de 120 sentencias del alto tribunal que ha provocado, muchas de ellas casando otras inferiores y modificando sus propios criterios anteriores, o el elevado número de artículos, comentarios, tesis doctorales y monografías escritas al respecto. El importante tratado de GHESTIN le dedica 100 páginas (*Traité de Droit Civil. La formation du Contrat*, LGDJ, Paris, 3.<sup>a</sup> ed., 1993, en adelante *Traité*, pp. 665-761), y el breve prefacio a la última edición del curso de MALAURIE y AYNES se dedica, fundamentalmente, a mencionar la modificación que supone para el Derecho de contratos la nueva jurisprudencia sobre el artículo 1129 *C.civ.* (*Cours de Droit Civil. Les contrats spéciaux*, Cujas, Paris, 9.<sup>a</sup> ed., 1995, en lo sucesivo *Cours*, p. 11).

<sup>2</sup> A lo largo del trabajo me referiré a la *Cour de cassation* como la *Cour* o bien, en castellano, el Tribunal de Casación (abreviado, TC). Igualmente, los tribunales de instancia (*Cour d'Appel*) serán llamados Tribunales de Apelación (TA). Todas las sentencias, salvo que se indique otra cosa, son de la Sala mercantil (*Chambre Commercial*) del TC. En el cuerpo del texto se citan por su fecha en cifra para agilizar la lectura, pero al pie se incluyen las referencias tal como es habitual encontrarlas en los textos franceses. Al final del trabajo se recoge toda la bibliografía francesa citada. Además, emplearé las siguientes abreviaturas: *Bull. civ.* = Bulletin Civil; CCC = Contrats-Concurrence-Consommation; Cc = Código civil español; *C.civ.* = Código civil francés; *C. con.* = Código del consumo francés; *D.* = Recueil Dalloz-Sirey; *DPCI* = Droit et pratique du commerce international; *EBLR* = European Business Law Review; *JCP* = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition générale; *RAE* = Revue des Affaires Européennes; *RIDC* = Revue Internationale de Droit Comparé; *RTD civ.* = Revue Trimestrielle de Droit Civil; *RTD com.* = Revue Trimestrielle de Droit Commercial.

<sup>3</sup> Civ. 1re, 29 nov. 1994, *Bull. civ.* I, núm. 348. Entre los comentarios aparecidos, los de GHESTIN, en *JCP* 1995. II. 22371, pp. 35-39; AYNES, en *D.* 1995, pp. 122-24; BARRET, «Vente», *Recueil Dalloz*, §§ 484-491 (févr. 1995); MESTRE, en *RTD civ.*, avr.-juin 1995-2, pp. 358-60; BOULOC, en *RTD com.* 48, avr.-juin 1995-2, pp. 464-65; GASTINEL, en *EBLR*, october 1995, pp. 239-40; MALAURIE/AYNES, *Droit Civil. Les contrats spéciaux*, Cujas, Paris, 9.<sup>a</sup> ed., 1995, núm. 208, nota 21. Con posterioridad a la redacción de este trabajo han seguido apareciendo estudios sobre ellas; así, en el número prácticamente monográfico de la *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, 1997-1, pp. 1-84, en el que se estudian sus consecuencias desde los puntos

y cuatro del Pleno de 1-12-95<sup>4</sup>. En este trabajo se pretende dar noticia al lector español de la jurisprudencia hoy superada (I) y de las seis sentencias que han provocado la nueva (II), todo ello acompañado de algunas reflexiones (III) y una breve comparación con el Derecho español (IV).

Se podría pensar que un importante cambio en la jurisprudencia requiere tan sólo analizar el impacto de la nueva doctrina y olvidar rápidamente la antigua, más aún si su explicación es compleja. Sin embargo, he optado por comenzar con una exposición más o menos extensa de la línea ahora superada. Lo hago por su importancia para valorar adecuadamente los interrogantes que vienen a despejar las nuevas sentencias, pero también porque es una ocasión única, tal vez la última, para presentar en nuestro idioma un interesante conflicto que ha provocado una importante reflexión doctrinal en Francia y no ha encontrado apenas reflejo en la bibliografía española<sup>5</sup>. Por otra parte, a la vista de las múltiples «decisiones definitivas» que se han ido sucediendo a lo largo de los años, conviene recordar que ningún cambio lo es totalmente, y en el movedizo terreno de la determinación del precio «nada podrá ser realmente una sorpresa...»<sup>6</sup>.

Se advierte ya que, de acuerdo con la finalidad reconocida de introducir en la polémica francesa, se ha adoptado un enfoque deliberadamente expositivo y cronológico que subraye los meandros de la sinuosa línea jurisprudencial y sitúe cada aportación doctrinal en su contexto, en lugar de recurrir a las sistematizaciones que se han intentado, todas ellas tributarias del momento en que se realizaron. Las citas pretenden proporcionar el acceso a las fuentes más interesantes, pero no aspiran a agotar la bibliografía, fácilmente ampliable a partir de los trabajos citados.

---

de vista jurídico (JEOL), económico (BOURSEON), de los contratos marco (JAMIN), de las relaciones de dependencia (REVET), del Derecho de obligaciones (FERRIER) y comparado con el Derecho alemán (PEDAMON), además de un trabajo de síntesis (SIMLER).

<sup>4</sup> Ass. Plén. 1er déc. 1995, *Bull. civ.* AP, núms. 7, 8, 9. Comentarios de AYNES, en *D.* 1996, pp. 13-21; GHESTIN, en *JCP*, 1996, II, 22565, pp. 21-34; BOULOC, en *RTD com.* 1996-2, p. 316; GASTINEL, en *EBLR*, august-september 1996, pp. 193-94.

<sup>5</sup> No conozco ningún trabajo específico publicado en español. En cuanto a artículos españoles sobre Derecho francés, vid. LETE ACHIRICA, «La transposición de la Directiva de 5 de abril de 1993 en el Derecho francés: la ley de 1 de febrero de 1995 sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos», en *La Ley*, núm. 3974, 14-2-96, pp. 1-8, al que se hará referencia posteriormente.

<sup>6</sup> «On n'en sera pas réellement surpris...» Son las palabras con las que MESTRE cierra su comentario a las SS. de 29-11-94 en *RTD civ.*, 1995-2, p. 358. HEMARD ya se preguntaba si «la question est-elle définitivement tranchée» respecto a una sentencia de 29-1-68, es decir, justo antes de que empezara realmente el conflicto. También la S. 22-1-91 fue saludada por Jeol como «un nuevo Yalta» («Les contrats de distribution commerciale et la détermination du prix: un nouveau Yalta», *D.* 1991, p. 175), para ser devuelta a su lugar pocos meses después por otras sentencias que la redujeron a «quedarse en Canosa» (a juicio de FERRIER, «La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif», *D.* 1991, *Chron.*, p. 237).

## I. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR SOBRE DETERMINACIÓN DEL PRECIO EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

2. Los Derechos anglosajones permiten que el precio de los contratos quede inicialmente indeterminado y sea fijado con posterioridad por una de las partes o de alguna otra forma no necesariamente prevista<sup>7</sup>. Tradicionalmente se ha considerado que en este punto los Derechos civiles continentales son absolutamente distintos y exigen la fijación inicial del precio o modo de hallarlo para entender que ha nacido cualquier contrato, especialmente si se trata de una compraventa. Esto es cierto en su raíz histórica, pero buena parte de los países continentales han ido flexibilizando dicha exigencia a lo largo del tiempo. El proceso de codificación muestra una progresiva complejidad y flexibilidad de las normas relativas a la determinación del precio de la compraventa, desde la sencilla del *Code* Napoleón hasta la del nuevo Código de obligaciones holandés, muy cercana a los textos anglosajones<sup>8</sup>. De forma paralela a la misma evolución normativa, y con frecuencia provocándola, en este proceso ha sido fundamental la aplicación jurisprudencial de la norma que exigía determinación del precio. En cierto sentido, y más que en otros campos del Derecho, la exigencia de determinación viene dada no tanto por el tenor literal de la norma como por el modo en que la aplican los tribunales.

3. La tensión entre determinación y flexibilidad, que en otros lugares se ha ido decantando sin brusquedades hacia esta última, en Francia ha sido más traumática y compleja. Sin embargo, esta peculiaridad no se desencadenó hasta principios de los años 70, y permaneció circunscrita al ámbito de los contratos de distribución. Hasta entonces y para el resto de los contratos, el Derecho francés se muestra homologable al de otros países.

---

<sup>7</sup> La *Sales of Goods Act* británica de 1979 dice en su artículo (*section*) 7 que «(1) El precio en un contrato de venta puede estar fijado en el contrato, o dejarse para ser fijado del modo acordado en el contrato, o determinarse en el transcurso de la negociación de las partes. (2) Cuando el precio no se determina de la forma mencionada en el subapartado (*subsection*) (1), el comprador debe pagar un precio razonable. (3) Qué sea un precio razonable es una cuestión de hecho que depende de las circunstancias de cada caso particular». Los demás países anglosajones han promulgado leyes sobre la venta que tienen disposiciones similares. La norma equivalente en Estados Unidos es el *Uniform Commercial Code*, artículo 2-305, que también entiende aplicable el precio razonable en el momento de la entrega cuando se concluye el contrato sin determinar el precio (1) y permite la fijación de buena fe por una de las partes (2). Si la fijación no llega a hacerse por falta imputable a una de las partes, atribuye a la otra la facultad de resolver o de fijarlo ella misma, también de buena fe (3), a menos que la fijación del precio se hubiera entendido como un requisito para que el contrato fuera vinculante, en cuyo caso, si el precio no se llega a fijar, el contrato es inexistente (4).

<sup>8</sup> Vid., como etapas de esta evolución, los Códigos portugués de 1867, artículo 1547; argentino, artículo 1388; español, artículos 1447-49; alemán, §§ 315 y 316; italiano de 1942, artículo 1474; portugués de 1967, artículo 883; suizo, artículo 184; nuevo holandés (NBW), en vigor desde 1992, artículo 7.1.1.2. Naturalmente, los términos en que cada uno lleva a cabo dicha flexibilización son muy distintos, pero no es éste el momento de comentarlos.

4. La doctrina anterior a la codificación tenía una visión flexible de la exigibilidad del precio en la compraventa<sup>9</sup> que no quedó recogida en el texto legal. El *Code* incluye varios artículos que guardan relación con la materia:

1129. II. La cantidad de la cosa puede ser incierta<sup>10</sup>, siempre que pueda determinarse.

1174. Toda obligación es nula en la medida en que esté sometida a una condición potestativa de la parte obligada.

1591. El precio de la venta debe ser determinado y designado por las partes.

1592. Sin embargo, puede ser dejado a arbitraje<sup>11</sup> de un tercero; si el tercero no quiere o no puede hacer la estimación, no hay venta.

Estos artículos proporcionan algunos ejemplos de admisibilidad del precio indeterminado y determinable, pero el contexto jurídico francés, contrario a ver en el contrato más de lo que expresamente dice, no los ve con buenos ojos<sup>12</sup>, y exige, en ocasiones con formulaciones un tanto maximalistas, que el precio sea independiente de la voluntad de uno u otro de los contratantes<sup>13</sup>. Tampoco el juez puede imponer un modo de determinación del precio diferente del previsto en el contrato (S. civil 25-4-72<sup>14</sup>) ni sustituir su fijación por las partes, pues «su misión no es hacer contratos»<sup>15</sup>. La venta nula por falta de precio no es susceptible de confirmación ni ratificación (S. civil 17-12-59<sup>16</sup>).

<sup>9</sup> DOMAT es estricto al hablar del precio en el contrato de compraventa (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 2.ª ed., 1696, lib. I, tit. II, sec. V.4), pero amplio en su apreciación del contrato determinable por una de las partes conforme a la buena fe (*ibid.*, lib. I, tit. I, sec. III.11). Para POTHIER «no es necesario que [el precio] sea absolutamente determinado; basta que sea tal que pueda llegarlo a ser y que no sea fijado sólo por una de las partes» (*Tratado del contrato de venta*, Atalaya, Buenos Aires, 1948, I, p. 18).

<sup>10</sup> Traduzco literalmente el «*peut être incertaine*», aunque entiendo que lo más correcto sería decir «puede estar indeterminada». Los lenguajes jurídicos francés y español siguen manteniendo, a mi juicio impropriamente, el término «cierto» con su antiguo sentido de «determinado», cuando el lenguaje común hace tiempo que lo abandonó, y por «cierto» entiende hoy únicamente «indudable» (*vid. Diccionario de la RAE*, 21.ª ed., 1992, que ni siquiera menciona el otro).

<sup>11</sup> Esa es la traducción literal y fiel al texto histórico del término *arbitrage*, pero hoy se diría «arbitración».

<sup>12</sup> PORTALIS: «El acuerdo que es necesario para realizar la venta no puede existir si no recae sobre la cosa y sobre el precio» (cit. por GHESTIN, *Traité*, p. 673, núm. 36); COLIN/CAPITANT: «Jamás dos personas sensatas celebrarán un contrato sin que el objeto sea determinado o determinable. Por esta razón no encontramos decisión alguna de jurisprudencia» (*Curso elemental de Derecho Civil*, Reus, Madrid, 1943, III, p. 647).

<sup>13</sup> P. ej., para la S. 22-11-73 es necesario «exclure toute influence de la volonté», cit. GHESTIN, D. 1973, p. 293. Vid. COLLART DUTILLEUL/DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, Paris, 1991, núm. 146.

<sup>14</sup> Civ. 1re. 25 avr. 1972, D. 1972. Somm. 196.

<sup>15</sup> MAZEAUD/CHABAS/JUGLART, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, Paris, 1987, III-2, núm. 868.

<sup>16</sup> Civ. 1re. 17 déc. 1959, D. 1960. 294.

5. Pero las decisiones judiciales no son tan rígidas como sus principios. Ya desde principios de siglo se entendía el artículo 1591 C.civ. de forma que «no es necesario que la cantidad sea fijada... de manera absoluta, basta para la formación de la venta que el precio pueda ser determinado, en virtud de cláusulas del contrato, por relación con elementos que no dependan de la voluntad de una ni otra de las partes» (S. 7-1-1925<sup>17</sup>). La necesidad de una declaración de voluntad posterior de una de las partes puede admitirse cuando «supone el cumplimiento de un hecho exterior» (S. 17-5-65<sup>18</sup>). También se ha dicho que la jurisprudencia acepta «a beneficio de inventario»<sup>19</sup> las cláusulas de precio por referencia. Según la formulación de la S. civil de 5-7-1955, se puede admitir la compraventa con precio determinable siempre que la referencia sea seria (en el sentido de realista, no aleatoria), precisa (concreta, no vaga) y objetiva (que no quede a la voluntad de uno de los contratantes)<sup>20</sup>. Valen si el contrato se enmarca en un mercado organizado que fija el precio objetiva e independiente de la voluntad de las partes (p. ej., la Bolsa) o, al menos, la competencia impide la arbitrariedad. Aunque no reúna esas características, que en ocasiones tampoco son fáciles de analizar por el tribunal, puede admitirse una referencia objetiva y real, aunque también sea artificial<sup>21</sup>. Los precios obtenidos a través de una referencia en la que una de las partes tenga cierta actuación no son por ello anulados (S. 5-5-59). En conjunto, y aparte de lo que más adelante se dirá, el panorama francés parece más sensibilizado que otros contra la actuación unilateral sobre el precio, sobre todo en el terreno de los principios. Pero admite muy rara vez la nulidad por indeterminación del precio, que es un fenómeno muy marginal, y en eso es comparable con el resto del Derecho comparado.

6. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido segregando de estas reglas generales del contrato, desarrolladas en el marco de la compraventa<sup>22</sup>, un sector de la contratación cada vez más importante: el de los contratos de distribución en sentido amplio<sup>23</sup> con cláusula de aprovisionamiento

<sup>17</sup> Req. 7 janv. 1925, *D. H.* 1925. 57, dictada por la antigua Sala de admisiones (*Chambre des Requêtes*) del Tribunal de Casación. La expresión se sigue aplicando hoy como doctrina vigente.

<sup>18</sup> Cit. por GHESTIN, «L'indétermination du prix», núm. 20.

<sup>19</sup> COLLART DUTILLEUL/DELEBECQUE, *Contrats*, núm. 148.

<sup>20</sup> Civ. 1re. 5-7-1955. Un comentario de la fórmula en FERRIER, «La détermination du prix», núm. 10.

<sup>21</sup> P. ej., com. 21 juin 1977, que admite la referencia a las «tarifas de tres sociedades entre las cuales no figuraba la vendedora», *Ibid.*, núm. 148.

<sup>22</sup> En Francia, el estudio de la determinación del precio se ha venido realizando desde la civilística y en el marco de la compraventa, aunque las estudiadas formen parte de contratos complejos de distribución. Esto, que también ocurre en nuestro país, se explica fácilmente por la ubicación sistemática de los artículos del *Code* que regulan los requisitos del precio. MALAURIE y AYNES proponen el traslado de su estudio al de los contratos de distribución, y lo tratan en ambos lugares (*Cours*, núms. 210 y 836, respectivamente).

<sup>23</sup> Como se verá posteriormente, el ámbito abarcado por este concepto, ya de por sí extenso, va ampliándose aún más con el tiempo e incluyendo los contratos de concesión, suministro, aprovisionamiento, franquicia, distribución, *affiliation*... hasta afectar incluso a la cuenta corriente bancaria.

exclusivo, en los que un distribuidor o minorista se obliga a aprovisionarse únicamente con los productos que adquiera de un proveedor (p. ej., el titular de un surtidor de gasolinera, con los carburantes que le suministre una compañía petrolífera; un negocio de hostelería, con la cerveza de un determinado fabricante; el abonado, con la compañía de teléfonos o la de gas, etc.). En estos casos hay un contrato marco inicial de larga duración (*contrat cadre*) y sus aplicaciones o concreciones sucesivas (encargos, suministros, liquidaciones...). Lo que se plantea es el grado de determinación del precio que se debe exigir al primero para que sea válido, pues con frecuencia es difícil o comercialmente inconveniente fijarlo en el momento inicial. Los proveedores y cierta tendencia del mercado promovida por ellos pretenden remitir el precio al fijado *ad casum* por el mismo proveedor o, al menos, al fijado por éste para todos sus clientes a través de sus propias tarifas, generalmente en la fecha de entrega futura del producto<sup>24</sup>. La admisibilidad o no de esas cláusulas y la sanción que ha de darse a los contratos que las incluyen o que no contienen ninguna en absoluto es el problema que intenta solucionar la jurisprudencia analizada en este trabajo.

7. La respuesta ha variado a lo largo del tiempo. A grandes rasgos, en un primer momento se aplicaron a estos contratos las mismas reglas de exigencia más o menos flexible que a las demás compraventas. En un segundo, precipitado en 1971 a raíz del asunto de las gasolineras vinculadas por cláusula de exclusividad (*pompistes de marque*), se entendió que la falta de determinación inicial del precio provocaba la nulidad del contrato, principio que se consideró de aplicación general a los contratos. Si se confirma el mantenimiento de la línea apuntada en las sentencias de 1994-95, podemos decir que inauguran una tercera etapa en la que se opta de nuevo por la flexibilidad, esta vez de forma mucho más precisa y eficaz.

Los problemas relativos a los contratos marco con indeterminación inicial del precio se abordaron en los años 30 en relación con los establecimientos expendedores de bebidas obligados por una cláusula de aprovisionamiento exclusivo a adquirir de un productor o cervecero (*brasseries*) determinado toda la cerveza que ofrecían a los clientes. La larga duración del contrato hacía que el precio variara mucho a lo largo del tiempo e impedía que se pudiera establecer de forma fija en el contrato marco, por lo que éste solía remitirse al precio de mercado o al que aplicara el productor a toda su clientela en el momento de la entrega. Según entendían los tribunales, esto no iba contra el artículo 1591 C.civ. ni dejaba a una parte a merced de la otra, ya que la cifra final dependía del precio de mercado y no de la mera voluntad de una de las partes<sup>25</sup>. La práctica y las decisiones judiciales mostraban que no hay una imposibilidad

---

<sup>24</sup> Como se puede observar, sólo plantea problemas el sometimiento a tarifa *de un día futuro*, cuya cantidad exacta es ignorada por ambos contratantes. Si el precio se refiere a la de un día pasado su admisibilidad no se cuestiona, aunque sea la tarifa del vendedor. MALAURIE/AYNES, *Cours*, núm. 208.

<sup>25</sup> Req. 5 févr. 1934, *Gaz. Pal.* 1934. 2. 331, cit. por GHESTIN, *D.* 1972, pp. 355-57.

esencial en Derecho francés para admitir tales cláusulas; de hecho, el precio no fue una cuestión conflictiva para estos contratos, como sí lo fue, por ejemplo, la cláusula de larga duración y sus límites <sup>26</sup>.

Durante los años 50 y 60 siguieron aplicándose los mismos principios, y la indeterminación del precio no supuso una fuente especial de conflictos para los tribunales franceses, que eran comprensivos al exigirla <sup>27</sup>. El Tribunal de Casación admitía contratos marco en los que el precio no estaba fijado (S. 9-7-63), lo estaba por referencia al oficial (S. 23-4-51 <sup>28</sup>) o a la tarifa o precio habitual del vendedor (S. 4-11-52).

8. Sin embargo, a mediados de los años sesenta el generalizado conflicto entre las compañías petrolíferas (proveedores) y las gasolineras distribuidoras que les estaban vinculadas con cláusula de exclusividad (*pompistes de marque* <sup>29</sup>) provocó un importante cambio en la interpretación del artículo 1591. En estos contratos de distribución se incluían una serie de relaciones complejas como el alquiler de la instalación, créditos blandos y otras prestaciones a cargo del proveedor, mientras que el distribuidor se obligaba a comprar exclusivamente productos de la compañía petrolera durante períodos superiores a los diez años. En el momento en que se firmaron los contratos no se hacía ninguna referencia al precio que la gasolinera debería pagar al proveedor por el carburante ya que un Decreto de 28-10-52 fijaba los precios máximos en todos los tramos: de la refinería a la compañía petrolera proveedora, de ésta al distribuidor y de este al público. Estos máximos podían reducirse, siempre que se repercutieran totalmente en una reducción del precio al público.

9. El sistema funcionó mientras las petroleras cobraron el máximo legal a todos los distribuidores <sup>30</sup>. Pero llegó un momento en que, en la

<sup>26</sup> Los tribunales anulaban la cláusula de exclusividad que careciera de límite temporal, pero no entraban a valorar si éste era o no admisible, por lo que proliferaron las referencias indirectas que parecían excesivas a muchos de los distribuidores, que se encontraban «atados» «hasta que se terminaran de pagar los créditos», «por toda la duración de la explotación de fondos de comercio», etcétera. Después de muchas discusiones doctrinales, una ley de 14-10-1943 prohibió las cláusulas superiores a los diez años (*vid.* GHESTIN, en *D.* 1972, p. 357).

<sup>27</sup> GHESTIN, «L'indétermination du prix de vente et la condition potestative» *D.* 1973, *Chro.*, pp. 293 y ss., núm. 11; FERRIER, «La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif», *D.* 1991, *Chron.*, p. 237, nota 8.

<sup>28</sup> *Com.*, 23 avr. 1951, *Bull. civ.*, II, p. 109, núm. 146.

<sup>29</sup> Literalmente, surtidores «de marca», es decir, que se distinguen del resto por su aspecto exterior y su etiqueta original (GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, RDM, Madrid, 1963, III-1, p. 255). Prácticamente toda la bibliografía posterior a 1971 que se cita a lo largo de este trabajo menciona de forma más o menos amplia el asunto de los *pompistes*. También *vid.* el trabajo, que aún no he podido consultar, de uno de los abogados que primero llevaron este asunto ante los tribunales, Jean THREARD, *En toute franchise et sans concession*, Presses du management, Paris, 1989.

<sup>30</sup> Este párrafo sobre los hechos y el contexto económico de las sentencias debe mucho a la visión, necesariamente parcial, de Jean THREARD, el abogado que defendió a los gasolineros de marca cuando el asunto llegó por primera vez a los tribunales, en su libro *En toute franchise et sans concession*, Presses du management, Paris, 1989, pp. 32-33, libro, por otra parte, muy útil en cuanto a las implicaciones económicas y políticas de éste y otros conflictos en torno a los contratos de colaboración con grandes multinacionales. La S. TA Paris, 5.ª ch., 25-6-68, *RTD com*, 1968, p. 749 expuso la situación de forma similar.

región parisina, mantuvieron el precio máximo sólo a los distribuidores de marca obligados a comprarles a ellos, pero redujeron hasta en 5 céntimos/litro el precio que cobraban a las gasolineras independientes, que a su vez redujeron sus precios al público y se hicieron con gran parte del mercado. Los gasolineros de marca se encontraron incapaces de competir en esas condiciones y convocaron una gran huelga pidiendo que aumentara su margen de distribución legal, es decir, la reducción del precio que les cobraban los suministradores.

Sin embargo, el Decreto (*arrêté*) de 27-5-63 (en vigor desde el 1-10-63) no hizo eso, sino que, con la intención de mantener estable el precio al consumidor y permitir que productores y distribuidores renegociaran el reparto de sus respectivos márgenes, suprimió la referencia a éstos y *se limitó a fijar el precio máximo de venta al público*. Los suministros se siguieron haciendo antes de que se aclarara cuál sería el nuevo precio, pero las compañías petrolíferas, que tenían el control en sus relaciones con los distribuidores exclusivos, no negociaron nada y decidieron cobrarles el precio indicativo del Comité Profesional del Petróleo, un organismo del que sólo formaban parte ellas mismas, precio que siguió siendo idéntico al que hasta ese momento estaba impuesto administrativamente. Los distribuidores vieron que su margen en ocasiones sólo les cubría los costes fijos, y recurrieron sin éxito a distintas vías (propuesta de modificación de precios, denuncia del contrato, etc.) hasta que, finalmente, solicitaron por vía contenciosa la anulación del contrato invocando la indeterminación del precio en el contrato por el que ellos compraban los carburantes a las compañías petrolíferas.

La respuesta de los tribunales de instancia fue variada. El de París entendió que no se podía aplicar la jurisprudencia de las *brasseries*, que habría conducido a denegar la nulidad solicitada, porque faltaba un auténtico mercado libre del petróleo formado por multitud de compradores y vendedores del que pudiera surgir un precio de mercado. En su lugar, había dos tipos de precios: los fijados unilateralmente por los proveedores a los distribuidores que les estaban ligados por la cláusula de exclusividad, y los sometidos a libre concurrencia que obtenían las gasolineras independientes (S. TA París, 26-1-66<sup>31</sup>). La indeterminación de la cantidad que se había de suministrar y el precio al que había que pagarla provocaba la caducidad del contrato marco e impedía considerar que fueran ventas los suministros realizados desde que la entrada en vigor del Decreto de 1963 privó a los contratos de precio oficial (S. TA París, 11-7-66<sup>32</sup>). El Tribunal de Casación casó ambas sentencias y consideró válidos los contratos, pues el nuevo Decreto no obligaba a las partes a modificar su anterior distribución de beneficios ni provocaba la indeterminación del precio (S. 29-1-68<sup>33</sup>). A pesar de ello, los tribunales inferiores siguieron decla-

<sup>31</sup> París, 5.<sup>a</sup> ch., 26 janv. 1966, comentada por HEMARD en *RTD com*, 1966, pp. 104-106. Vid. también GHESTIN, D., 1972, p. 356.

<sup>32</sup> París, 5.<sup>a</sup> ch., 11 juill. 1966, comentada por HEMARD en *RTD com*, 1966, pp. 637-38.

<sup>33</sup> Com. 29 janv. 1968, comentada por HEMARD en *RTD com*, 1968, pp. 748-50.



rando la caducidad de contratos similares (p. ej., SS. TA París 25-6-68<sup>34</sup> y TA Grenoble 12-3-69<sup>35</sup>).

10. La Sala mercantil del Tribunal de Casación puso fin a esta diversidad de soluciones en las SS. *Socomanut* (27-4-71), *Elf c. Exor* (27-4-71) y *Strauch c. Calmes* (5-11-71), ente otras<sup>36</sup>, entendiendo que para las partes la causa determinante del acuerdo sobre aquel precio concreto había sido que estaba limitado oficialmente, por lo que, al desaparecer esa imposición, «se puede deducir que el acuerdo anterior sobre los precios ha devenido caduco desde la fecha en que se constata el fin de dicho acuerdo» (S. *Elf c. Exor*, 27-4-71)<sup>37</sup>. Es decir, el Tribunal casacional atribuía la anulación de los contratos a la modificación esencial de las circunstancias producida con la desaparición de la norma administrativa a cuyo amparo se había construido el contrato y referido la relación de equivalencia entre las partes.

El Comité del Petróleo no se podía considerar un tercero arbitrador del precio en el sentido admitido por el artículo 1592, y carecía de relevancia que uno de los contratos cuestionados contuviera una cláusula remitiendo al precio del vendedor para el caso de que desaparecieran los fijados administrativamente. Bastaba que el tribunal de instancia no hubiera afirmado expresamente que el precio no dependía de una sola de las partes, para considerar que la sentencia que admitía la validez del contrato había carecido de base legal<sup>38</sup>, todo ello fundamentado en la exigencia de precio para la compraventa contenida en el artículo 1591 C.civ.

11. En cuanto a los precios concretos decididos y aplicados por los productores, no parece que se cuestionara en ningún momento si habían sido abusivos o no. El habitual laconismo de las sentencias casacionales obliga a buscar los datos y razonamientos judiciales proporcionados por

<sup>34</sup> Comentada por HEMARD, en *RTD com.*, 1968, pp. 748-50.

<sup>35</sup> Comentada por HEMARD, en *RTD com.*, 1970, pp. 763-64.

<sup>36</sup> Las tres, en D. 1972, pp. 353-59, comentadas por GHESTIN. Fueron las más citadas, pero no las únicas: solamente el 27-4-71, el alto Tribunal dictó veinte sentencias con idénticos supuestos de hecho y posición del tribunal. El sistema de publicidad de las sentencias del Tribunal de Casación francés no coincide con el español. Después de dictar cada sentencia, la misma Sala decide el grado de publicidad que desea concederle, anotando en ella una D (destinada sólo a constar en los medios informáticos del Tribunal), B (destinada también a los diversos boletines de información más o menos restringida) o P + B (para que, además, sea publicada en el boletín oficial de sentencias civiles del Tribunal). A esta última categoría sólo acceden las sentencias que modifican la jurisprudencia antigua, le dan una nueva aplicación o la confirman cuando no había habido ocasión de hacerlo en mucho tiempo. Prácticamente, el 80 por 100 del total no se publican. De este modo, el mismo Tribunal regula el alcance e importancia que él mismo concede a sus decisiones. Cfr. GHESTIN, *JCP* 1995. 22371, núm. 3, donde cita a HATOUX, «La portée des arrêts non publiés de la Cour de cassation en matière civile», communication, 15 déc. 1993. A lo largo de este trabajo habrá ocasión de mencionar sentencias *inédites* —en ese sentido— y la especulación doctrinal a que da lugar su no publicación, pues ésta puede deberse tanto a la obiedad de la doctrina que aplica como a que la Sala no se identifica con ella por desfasada o por el carácter equitativo de la decisión, etcétera. Sobre los fundamentos ideológicos que explican parcialmente esta concepción del papel de la jurisprudencia en Francia, *infra*, núm. 50.

<sup>37</sup> D. 1972, p. 354.

<sup>38</sup> *Socomanut c. Esso*, 27-4-71, D. 1971, p. 354.

las primeras que se dictaron en apelación. De ellas se desprende que el precio establecido por el Comité del Petróleo y cobrado a los distribuidores era similar al que venían pagando hasta ese momento, pero muy superior al que obtenían en el libre mercado los distribuidores no vinculados exclusivamente a una compañía petrolífera<sup>39</sup>; sin embargo, no se reconoció que eso tuviera alguna relevancia en la decisión judicial adoptada<sup>40</sup>.

12. La ineficacia que se entendió aplicable a los contratos de gasolinerías, después de algunos titubeos, fue la *caducidad*<sup>41</sup>, pues la falta de acuerdo sobre el precio no databa del comienzo del contrato, sino de la entrada en vigor del Decreto de 1963<sup>42</sup>. La condena suponía el pago por el proveedor de los daños y perjuicios correspondientes a lo que cobró de más desde que dejó de ser aplicable el precio administrativo<sup>43</sup>, contado desde la fecha de entrada en vigor del nuevo Decreto<sup>44</sup>, y con deducción de los préstamos debidos por el distribuidor.

13. Se puede decir que la doctrina reaccionó aplaudiendo las decisiones del Tribunal de Casación<sup>45</sup>. El autorizado comentarista Ghestin, reconociendo que el contrato de aprovisionamiento exclusivo no era una compraventa, sino algo más complejo, y que compraventas, propiamente, sólo eran cada una de las aplicaciones concretas en las que una parte suministra la cosa por un precio, apuntaba que indeterminación y exclusividad eran incompatibles. Si se admite que el contrato marco carezca de precio determinado, se está exigiendo un nuevo acuerdo sobre éste en cada entrega concreta, pero también se debe imponer la caducidad de la relación en cuanto no se alcance el acuerdo. De otra forma, se daría el contrasentido de forzar una renegociación entre partes muy desiguales en la que la más débil está obligada a alcanzar el acuerdo, pues tiene

<sup>39</sup> Aunque la diferencia de precios no fuera excesiva, sí lo era el margen de beneficio que proporcionaba al distribuidor, que en algunos casos se acercó al doble y hasta al triple del que obtenía el surtidor exclusivo. *Vid.* S. TA París 26-1-66, en *RTD com.*, 1966, p. 105.

<sup>40</sup> Para una hipótesis sobre el auténtico peso de esta circunstancia en la decisión anuladora, *vid. infra*, núms. 51 y ss.

<sup>41</sup> Aunque en algunos casos empleara el término «nulidad», pero atribuyéndole efectos propios de la caducidad, *ex nunc*; p. ej., la S. TA París de 26-1-66, *RTD com.*, 1966, pp. 104-106.

<sup>42</sup> Así HEMARD, en *RTD com.*, 1966, p. 105.

<sup>43</sup> El cálculo se hacía con respecto al precio medio en el mercado libre -sin cláusula de exclusividad- (S. TA París 26-1-66, *RTD com.*, 1966, p. 106); o en relación con el precio que el nuevo proveedor -libre- cobró al distribuidor una vez éste se desvinculó del contrato de exclusividad, aunque en este caso la cantidad debía compensarse con la indemnización debida al primer proveedor -exclusivo- por haber resuelto unilateralmente el contrato (S. TA París, 11-7-66, *RTD com.* 1966, p. 638).

<sup>44</sup> Así, SS. 27-4-71, *Socomanut c. Esso y Elf c. Exor*. En esta última se habla de «la fecha en la que se constata el cese del acuerdo» entre las partes, pero, al rechazar la casación, está confirmando al tribunal de instancia, que se refirió al momento de entrada en vigor del nuevo Decreto. Al principio las soluciones eran más variadas: la fecha del Decreto que suprimió los precios administrativos (S. TA París 11-7-66, casada luego por la S. TC 29-1-68); de la entrada en vigor del Decreto (S. TA París 26-1-66); o de la sentencia de apelación que aprecia la caducidad (S. TA París 25-6-68), todas citadas *supra*.

<sup>45</sup> P. ej., *vid.* los comentarios de Hemard en *RTD com.*, citados anteriormente.

prohibido el aprovisionamiento por otra vía. La renegociación, por tanto, es totalmente contraria al principio y las exigencias de la exclusividad, y por eso el mantenimiento de ésta y la protección de la parte débil exigen que el contrato marco se entienda como un precontrato de venta con entrega sucesiva. Para impedir que una parte quede a merced de la otra se le debe exigir que contenga los datos que permitan fijar más tarde el precio <sup>46</sup>.

14. Posteriormente, en un artículo que ha devenido clásico <sup>47</sup>, el mismo Ghestin expuso el fundamento teórico de la nueva jurisprudencia. Tanto los artículos 1129 y 1591 como el 1174 que prohíbe la condición potestativa, aunque nacieron con la finalidad de proteger distintos elementos esenciales del consentimiento contractual, se han ido modificando merced a una aplicación paralela que los ha colocado en posiciones muy cercanas, por lo que pueden ser utilizados de forma casi indistinta. El motivo por el que se aplican no es la *nulidad orgánica* provocada por la indeterminación insuperable de un elemento esencial como el precio, pues una de las partes podría determinarlo posteriormente sin problemas, sino la *nulidad de protección*, impuesta para impedir que una de las partes quede a merced de la otra, y que en sus efectos equivale a la anulabilidad a instancia de parte. Esta explicación tenía la virtud de complementar a la oficial y mostrar su insuficiencia: no es que el precio fuera indeterminable, sino que era necesario proteger a una parte débil.

15. Por todo lo dicho, tal vez se pueda considerar acertada la solución adoptada en el asunto de los *pompistes* <sup>48</sup>. Pero parece claro que no era un modelo adecuado del que extraer el régimen aplicable a la determinación del precio en la compraventa en general <sup>49</sup>. Sin embargo, el razonamiento oficial fundamentaba su decisión en una consideración general y abstracta, la «indeterminación del precio». Sólo faltaba que se aplicara el mismo argumento a muchos otros contratos nacidos con precio indeterminado que se perfeccionaban y ejecutaban habitualmente con normalidad, endureciendo así la exigencia de determinabilidad del precio para los contratos marco en general.

<sup>46</sup> D. 1972, p. 359.

<sup>47</sup> GHESTIN, «L'indetermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre)», D. 1973, Chro., pp. 293-98.

<sup>48</sup> Aunque había importantes argumentos en favor de la tesis contraria, que también habría sido defendible. El Decreto de 1963 no obligaba a las partes a modificar la distribución de beneficios realizada anteriormente (S. 29-1-68, cit.); el conjunto de relaciones entre proveedor y distribuidor podría haberse entendido como causa suficiente para atribuir alguna ventaja en los precios al primero; un contrato exclusivo de larga duración hace suponer que las partes están dando prioridad a la estabilidad en las relaciones frente a la flexibilidad respecto al mercado.

<sup>49</sup> No se olviden las muchas peculiaridades que los alejaban de la «compraventa típica»: eran contratos de distribución, con cláusula de aprovisionamiento exclusivo, en los que las partes tenían muy distinto peso económico, y el precio estaba referido a una norma imperativa que posteriormente perdió no sólo su carácter obligatorio, sino también su capacidad supletoria.

16. Esto ocurrió especialmente desde la S. 11-10-78, en la que el Tribunal de Casación *fundamentó su decisión en el artículo 1129* en lugar de hacerlo, como hasta ese momento, en el 1591<sup>50</sup>. Lo que al principio no era más que afinar el razonamiento jurídico, pues era más adecuado aplicar el artículo 1129, de los contratos en general, que el 1591, propio de la compraventa, provocó el efecto no buscado de ampliar el ámbito de la jurisprudencia consolidada en materia de distribuidores de gasolina. La pregunta de los tribunales ante un contrato marco de cualquier tipo que no incluyera el modo de fijación del precio pasó a ser si debía aplicar el artículo 1129 –y, por ello, anularlo– o no.

17. La respuesta variaba de unos tipos contractuales a otros. En *materia de suministro de fluidos*, por ejemplo, la exigencia de determinación ha sido desde entonces absoluta<sup>51</sup>. Las sentencias posteriores sobre gasolineras ya no se enfrentaban a la desaparición de precios administrativos, pues desde 1963 había dejado de haberlos, sino a precios referidos desde el principio a la tarifa habitual del vendedor. Los tribunales sustituyeron la caducidad sobrevenida que habían apreciado ante la desaparición de la referencia administrativa por la nulidad absoluta, *ab initio* y retroactiva, al entender que «el vendedor se reserva la libertad de fijar el precio a su gusto, sin que el contrato litigioso le imponga un baremo de referencia» (S. 13-3-73)<sup>52</sup>.

En la S. 25-1-82, el Alto tribunal casó la sentencia que admitía un contrato de gasolinera en el que no se hacía mención al precio de los lubricantes y el del carburante se refería a la «tarifa confidencial menos impuestos» del proveedor, obligación que «revestía un carácter potestativo y le daba [al proveedor] la posibilidad de vender a un precio dependiente de su sola voluntad»<sup>53</sup>. No se admitieron las referencias al «precio más ventajoso» (S. 25-2-86<sup>54</sup>), ni siquiera a precios administrativos cuando dejaban demasiado margen de decisión al proveedor (SS. 29-6-81 y 11-1-84<sup>55</sup>). Los sectores eléctrico y del gas se vieron menos afectados por las anulaciones debido a que sus precios estaban regulados<sup>56</sup>, pero la referencia a tarifas administrativas cuando el índice no desaparece, sino que se modifica o es unificado con otro, también ocasionó su caducidad. Así ocurrió en la S. 30-6-80<sup>57</sup>, confir-

<sup>50</sup> AYNES, «La détermination», p. 25.

<sup>51</sup> Como veremos, hasta los intentos de cambio producidos posteriormente en la jurisprudencia siguieron manteniendo la nulidad de estos contratos. *Vid.* el informe de JEOL en la S. 22-1-91, *infra*, núms. 24 ss.

<sup>52</sup> Civ. 1.<sup>a</sup>, 13 mars 1973, cit. en GHESTIN, «L'indétermination du prix», *D.* 1973, Chron., núm. 27.

<sup>53</sup> Com. 25 janvier 1982, *Bull. Civ.* 1982. IV, núm. 26, p. 20. GHESTIN cita en el mismo sentido las SS. 5-10-82; 13-12-82; 21-3-83; 7-11-83 y 11-1-84, *Traité*, núm. 737.

<sup>54</sup> Cit. por GHESTIN, *Traité*, núm. 737.

<sup>55</sup> De combustible para horticultores el primero y de lubricantes el segundo. Cit. por GHESTIN, *Traité*, núm. 739.

<sup>56</sup> COLLART DUTILLEUL/DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, Paris, 1991, núm. 151.

<sup>57</sup> Com. 30 juin 1980, *Bull. Civ.* IV, pp. 228-29.

matoria de otra en la que se declaraba la caducidad de un contrato de suministro de gas butano, porque el índice al que se remitieron las partes había cambiado sustancialmente su modo de formación y no se podía obligar a aceptarlo a la parte que había «constatado la caducidad» del contrato.

18. En cuanto a los contratos de *alquiler y mantenimiento de red telefónica*, el Tribunal de Casación los consideró nulos cuando el precio de las reparaciones se remitía a la «tarifa en vigor» del arrendador (SS. 1-12-81, dos de 9-6-87 y la civil de 5-7-88)<sup>58</sup>. Para que hubieran sido válidos habría sido necesario que el tribunal hubiera precisado «cómo, a pesar de la cláusula de exclusividad, el precio resultante estaba sometido al libre juego de la competencia y no dependía de la sola voluntad del concedente» (S. 1-12-81<sup>59</sup>, casando la instancia que admitía el contrato). La S. del TA París de 13-6-91<sup>60</sup> anuló un contrato con la misma cláusula porque faltaba un «elemento de referencia preciso e independiente de la sola voluntad de la suministradora», y en parecidos términos lo hizo la Sala mercantil del Tribunal de Casación en la S. de 2-7-91<sup>61</sup>, que ha sido el punto de referencia en materia de contratos telefónicos y tarifas de una de las partes en general hasta las SS. Alcatel de 1994.

19. El tribunal que admitiera una cláusula referida a las «tendencias del mercado» debía investigar si su aplicación permitía que se diera un precio serio, preciso y objetivo, y la S. 7-12-81<sup>62</sup> casó la de instancia por no haberlo hecho. Con la S. 14-6-84 y las que la siguieron de 12-1-88 y 12-12-89<sup>63</sup> se comenzó a aplicar la nulidad del artículo 1129 a las *franquicias*, un grupo entonces naciente que después ocasionaría muchos problemas por la notable dificultad de exigir que el convenio inicial establezca el precio inicial<sup>64</sup>.

20. La *distribución y venta de automóviles* puede considerarse un caso aparte. En ese sector es frecuente que el concesionario venda al

<sup>58</sup> Com. 1er. déc. 1981; Com. 9 juin 1987, 2 arrêts; Civ. 1re, 5 juil. 1988. Todas, citadas por MALAURIE/AYNES, *Cours*, VIII, núm. 836, nota 63.

<sup>59</sup> Com. 1er. déc. 1981, *D.* 1982, IR, p. 95.

<sup>60</sup> CA Paris, 1re. ch. B, 13 juin 1991, *Juris-Classeurs*, 1993, núm. 34.

<sup>61</sup> Com. 2 juill. 1991, *Juris-Classeurs*, 1993, núm. 34.

<sup>62</sup> Com. 7 déc. 1981, *D.* 1982, IR, p. 95.

<sup>63</sup> Cit. por LEVENEUR, «Des contrats-cadres en matière de distribution et l'exigence de détermination du prix: le reflux et ses limites», *CCC*, Mai 1991, p. 2.

<sup>64</sup> Como veremos, también el cambio producido en 1991 tuvo lugar ante una serie de contratos de franquicia (núms. 24 y ss.). Tal vez se habrían evitado algunas confusiones si se hubiera partido de la diversidad contractual escondida bajo ese nombre. Como es sabido, la franquicia es un contrato de colaboración mediante el cual el franquiciador cede a los franquiciados una marca, un producto o un servicio y un saber hacer específico para gestionar adecuadamente el negocio. Las cantidades que se han de pagar, que son principalmente los *royalties*, no suelen plantear problemas de indeterminación. Sólo en una modalidad de franquicia de productos, la más similar a los contratos de distribución a los que nos venimos refiriendo, se plantea el problema, ya que el franquiciador vende al franquiciado sus productos para que éste los distribuya con carácter exclusivo y no hay *royalties*, sino que el franquiciador obtiene su beneficio del precio que cobra al franquiciado. La determinación de dicho precio suele remitirse a la propia tarifa del primero en la fecha de la entrega.

consumidor a un *precio indicativo* sometido a la tarifa del fabricante en vigor el día de la entrega, y la jurisprudencia, después de alguna vacilación (p. ej., S. civil 20-5-81, que anulaba el contrato <sup>65</sup>), ha considerado válida la cláusula. Aunque el precio no esté determinado en el contrato marco, sí lo está con ocasión de cada contrato individual (S. 7-6-83 <sup>66</sup>), y en este caso no viene fijado por el vendedor-concesionario, sino por un tercero (el fabricante), que para modificarlo tiene en cuenta las fluctuaciones del mercado (S. civil 8-11-83 <sup>67</sup>). Aynes observó que nada diferenciaba al mercado de automóviles de los demás y, sin embargo, era el único libre de la nulidad impuesta por los tribunales, «una isla en el océano de inestabilidad» <sup>68</sup>. Efectivamente, la práctica diaria muestra que el precio puede fijarse en relación al practicado habitualmente por una de las partes sin que haya abuso y, si eso ocurriera, podría atacarse en cada caso concreto por incumplimiento de la exigencia de buena fe del artículo 1134.3 C.civ.

21. En los años 80 varios factores hicieron que la doctrina se opusiera cada vez más a la postura anuladora mantenida por la más alta instancia judicial. El primero fue una cierta sensación de inestabilidad contractual provocada por la amenaza permanente de anulación, sensación percibida con mayor o menor fuerza según la postura de cada autor. La segunda, la redacción y el estudio del Convenio de Viena de 1980 promovido por la ONU sobre compraventa internacional de mercancías, del que forma parte Francia, y que permite en su articulado la perfección de contratos que no hagan referencia al precio <sup>69</sup>. Por último, diversos estudios de Derecho comparado pusieron de manifiesto lo alejada que estaba la jurisprudencia francesa de la práctica contractual internacional y de la regulación de otros países <sup>70</sup>.

<sup>65</sup> Civ. 1re. 20 mai 1981, citada por BARRET, «Vente», núm. 473.

<sup>66</sup> Com. 7 juin 1983, citada por AYNES, «Distribution», p. 543.

<sup>67</sup> Civ. 1re. 8 nov. 1983, citada por MALAURIE/AYNES, *Cours*, núm. 209; BARRET, «Vente», núm. 483.

<sup>68</sup> «La détermination du prix dans les contrats de distribution automobile», en *DPCI*, 18, 1992-4, p. 543.

<sup>69</sup> El artículo 55 establece un modo de fijar el precio «cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo». Uno de los asuntos más conflictivos de toda la Convención fue, precisamente, la aparente contradicción del artículo 55 con el 14, para el que «una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlo». Para todo ello, HONNOLD, *Uniform Law of International Sales under the 1980 U. N. Convention*, Kluwer, Deventer, 1991, pp. 201 ss. y KRITZER, *Guide to Practical Applications of the U. N. Convention on Contracts*, Kluwer, Deventer, 1989, pp. 155-58.

<sup>70</sup> STRAUCH/NEUMANN, «La détermination des prix et autres prestations en droit allemand des contrats», *DPCI*, 1980, pp. 133-47; CORBISIER, «La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises, réflexions comparatives», en *RIDC*, 1988, pp. 801 ss.; TALLON (dir.), *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, Ed. Pedone, Paris, 1989; la encuesta realizada por *Droit et pratique du commerce international*, 1992, núm. 3; CORBISIER, «La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Europe», en *RAE*, núm. 3, 1993, pp. 27-40; SEFTTON-GREEN, «La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Droit Anglais», en *RAE*, núm. 3, 1993, pp. 41-48.

22. Como concluía Tallon, aunque varíen las formulaciones, en todas partes conviven cierta exigencia de determinación del precio y contratos perfectamente admisibles que se perfeccionan sin decir nada sobre el precio, frente a los que el sistema no reacciona anulando sino en unos pocos supuestos, especialmente cuando la indeterminación sea indicio de falta de consentimiento o implique abuso de una de las partes<sup>71</sup>. Para el resto de los casos, que son la gran mayoría, los sistemas proveen formas de determinación subsidiarias, ya sea través de la ley o por vía jurisprudencial. De una u otra forma, todos los Derechos habían flexibilizado la exigencia de determinación, lo que ponía en entredicho el maximalismo con que se seguía aplicando en Francia.

23. Desde entonces, la mayor parte de la doctrina ha criticado la aplicación de la nulidad, considerada el reflejo de una economía tradicional que no hace previsiones a largo plazo, un lastre para la economía moderna y un medio inadecuado para proteger a los distribuidores<sup>72</sup>. Para compaginar la dificultad de fijar un precio en los contratos de integración a largo plazo y la necesidad de proteger a la parte menos poderosa, Frison-Roche propuso que se admitiera la arbitración de parte y, cuando ésta resultara abusiva, el juez interviniera modificando el precio<sup>73</sup>. Aun reconociendo que esta solución tenía muchos obstáculos en Derecho francés, coincidía con otras líneas jurisprudenciales que ya estaban sustituyendo la nulidad del contrato por la parcial de las cláusulas leoninas y abusivas o modificando judicialmente el precio convenido por las partes por estimar que no se corresponde con el valor de la contraprestación (al controlar el precio de las cesiones de oficios ministeriales —*offices ministériels*—, mandato, contrato de empresa, etc.). La autora propugnaba que se le reconociera al juez un poder directo sobre el contrato, como ya se le había concedido sobre el proceso, lo que acercaría al Derecho francés al anglosajón. Ferrier propuso que el problema se arreglaría admitiendo la referencia al precio habitual del vendedor<sup>74</sup>, y Aynes sugirió emplear la distribución de automóviles como modelo para reconstruir el Derecho común aplicable a los contratos bloqueados por la exigencia de precio en el contrato marco<sup>75</sup>.

24. El mismo Tribunal de Casación limitó los efectos de su propia doctrina, consciente de los problemas que causaba<sup>76</sup>, en la *S. Baumgartner*

<sup>71</sup> TALLON, *Détermination*, pp. 12 y 108-109.

<sup>72</sup> Respectivamente, MALAURIE/AYNES, *Cours*, núm. 203 y COLLART DUTILLEUL/DELEBECQUE, *Contrats*, núm. 148. Un elenco más amplio de críticas *infra*, núm. 39.

<sup>73</sup> FRISON-ROCHE, «L'indétermination du prix», en *RTD civ.*, 1992-2, pp. 269-303. Especialmente, núms. 48-55.

<sup>74</sup> FERRIER, «La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif», *D.* 1991, Chron., pp. 237-40.

<sup>75</sup> *DPCI*, 1992-4, p. 548.

<sup>76</sup> Al menos, esa es la lectura de AYNES, «Indétermination du prix dans les contrats de distribution: comment sortir de l'impasse?», *D.* 1993, Chron., p. 25.

c. *Ouest-Abri*, de 22-1-91<sup>77</sup>, que admitía la validez de un contrato de distribución exclusiva de prefabricados móviles (*roulottes de chantiers*) cuyo precio era fijado a cada entrega por el suministrador. El distribuidor demandaba al proveedor por incumplimiento y éste, que también era el redactor del contrato, esgrimió la nulidad por indeterminación del precio, que fue admitida en la apelación y casada posteriormente. Según el Tribunal de Casación, el contrato marco tenía por objeto garantizar la distribución exclusiva en favor del distribuidor (es decir, «consistía esencialmente en una obligación de hacer»), y no debía confundirse con los de venta sucesiva (consistentes en obligaciones de dar) necesarios para su concreción. Al convenio marco no le era exigible un precio, y tampoco se había alegado que estuviera excluida su libre discusión y aceptación por las partes, y por ello procedía casar la sentencia.

El informe presentado por el fiscal (*Avocat General*) Jeol se publicó con la sentencia y fue considerado su armazón argumental. Jeol entendía que el paso de emplear el artículo 1591 al 1129 para fundamentar las nulidades, pensado en un principio para distinguir correctamente el contrato marco —que no es una venta— de los contratos de aplicación —que sí lo son—, había tenido como consecuencia no buscada una ampliación «excesiva e inoportuna» de la exigencia de determinación del precio y había provocado una «cancerización» de los contratos que no respondía a la voluntad de las partes, ni a sus intereses económicos, ni a las tendencias del ordenamiento comunitario.

La solución provenía de distinguir dos tipos de contratos: los que tienen por objeto el aprovisionamiento exclusivo de un comerciante de *productos elementales*, como la gasolina o la cerveza, para los que se debería mantener la exigencia de determinación —y su anulación si ésta faltaba—, y los contratos que tenían un contenido más complejo. En estos segundos, de los que formaba parte el cuestionado en el proceso, se pretende ordenar totalmente la distribución de productos más elaborados cuyo valor cambia mucho según la moda (perfumes, ropa, automóviles, electrodomésticos, etc.). El contrato no parece dirigido principalmente a conseguir el aprovisionamiento, sino a garantizar al distribuidor su exclusividad sobre el producto y al proveedor su promoción y penetración en un mercado geográfico determinado; es decir, se establecen, sobre todo, *obligaciones de hacer*. Jeol invitaba a los jueces a declarar la nulidad si la obligación era de dar y mantener su validez si era de hacer<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> Cass. com. 22 janvier 1991, *D.* 1991, 175, concl. JEOL. Comentada por LEVE-NEUR, «Des contrats-cadre en matière de distribution et l'exigence de détermination du prix: le reflux et ses limites», en CCC, Mai 1991, p. 1; FERRIER «La détermination», p. 237; GHESTIN, en *D.* 1993, p. 381; GHESTIN, *Traité*, núms. 722 y 726-28.

<sup>78</sup> Sigo la exposición de GHESTIN, *Traité*, núm. 727. También deberían mantenerse los contratos de distribución de productos generalmente menos elaborados cuando forman parte de un contrato más complejo que los asimilara a los de hacer, aunque incluyera, accesoriamente, obligaciones de dar (*ibid.*).



25. La reacción de la doctrina fue muy crítica. Los mismos hechos del litigio que dio origen a la sentencia, de los que no se desprendía que el distribuidor hubiera soportado la obligación de comprar los productos a un precio fijado unilateralmente por el vendedor, que es la hipótesis más clásica en materia de aprovisionamiento exclusivo, podían hacer suponer que el impacto de su doctrina sería limitado<sup>79</sup>, y las distinciones propuestas por Jeol para justificar la decisión no convencieron a nadie. No se comprendía por qué si el producto era elemental la obligación principal es de hacer<sup>80</sup> y el contrato marco puede admitirse sin precio determinado (Aynes apuntaba que sería más razonable decir lo contrario<sup>81</sup>); se consideraba que la distinción entre obligaciones de dar y de hacer era difícilmente aplicable en materia de distribución<sup>82</sup>, y podría llegar a incluir todos los contratos marco, que de este modo se encontrarían excluidos en bloque del artículo 1129<sup>83</sup>; la exigencia de determinación no debía depender de la amplitud de las obligaciones asumidas por el distribuidor<sup>84</sup>, etc. En cualquier caso, el cambio jurisprudencial no fue bienvenido. Para unos, admitir como válido un acuerdo marco sin precio no garantizaba que se produjera luego un nuevo acuerdo sobre éste en igualdad de condiciones en cada contrato de aplicación, y eso podría provocar un *impasse* del contrato (que entonces sería válido pero inejecutable) o, lo que es peor, colocaría a una parte a merced de la otra, por lo que era preferible seguir aplicando a los contratos marco la exigencia del artículo 1129<sup>85</sup>. Para otros era un paso adelante, pero aún insuficiente<sup>86</sup>.

26. La S. de 22-1-91 no pudo cumplir sus ambiciosas aspiraciones y provocó una jurisprudencia efímera. Sólo fue continuada por tres sentencias dictadas a lo largo de 1991: la S. 29-1-91<sup>87</sup> daba por bueno un contrato de prestación de servicios (para los que la solución adoptada no era nueva); la S. 2-7-91 admitía uno de distribución de materiales en el que la instancia no se había cuestionado, indebidamente a juicio de la casación, si las obligaciones eran de dar o de hacer<sup>88</sup>; y la 16-7-91<sup>89</sup> era una franquicia que no incluía en su contenido la distribución de productos. Desde el primer momento, estas sentencias nue-

<sup>79</sup> FERRIER, «La détermination», p. 238.

<sup>80</sup> MALAURIE, cit. por GHESTIN, *Traité*, núm. 728.

<sup>81</sup> En estos productos el precio depende de las fluctuaciones de la moda, por lo que se podría pensar que es más necesaria su determinación inicial, AYNES, *DPCE*, 1992-4, p. 545.

<sup>82</sup> FRISON-ROCHE, «L'indétermination», núm. 15; GHESTIN, en *D.* 1993, p. 383.

<sup>83</sup> LEVENEUR, «Des contrats-cadres», p. 1.

<sup>84</sup> FERRIER, «La détermination», núm. 5.

<sup>85</sup> GHESTIN, en *D.* 1993, pp. 381-384; *Traité*, núm. 726; LEVENEUR, «Des contrats-cadres», p. 1.

<sup>86</sup> FERRIER, «La détermination», núm. 6.

<sup>87</sup> Com. 29 janv. 1991, caso *Rodimod*, comentada en LEVENEUR, «Des contrats-cadres», p. 2; GHESTIN, en *D.* 1993, p. 381.

<sup>88</sup> Com. 2 juill. 1991, breve referencia en GHESTIN, *D.* 1993, p. 381. Lo que provocó la casación. Según GHESTIN, la Casación mostraba así que quería aplicar la nueva línea y disponer de la constatación de hecho que le permitiera controlar su aplicación (*ibid.*).

<sup>89</sup> Com. 16 juill. 1991, referencia en GHESTIN, *D.* 1993, p. 381. También incluye en la lista a las SS. 30-6-92 y 23-2-93, a las que me referiré después.

vas coincidieron en el tiempo con otras que mantenían la nulidad, hasta que a finales de ese mismo año se volvió a la situación anterior.

Eso ocurrió cuando la S. 5-11-91 (*Halles Capone*<sup>90</sup>) confirmó la nulidad de una franquicia de ropa de moda porque la cantidad y precio de los productos dependían de la sola voluntad del franquiciador pese a que las obligaciones principales del contrato consistieran «esencialmente en un hacer». Como apuntaba Ghestin, si lo importante es que los precios sucesivos puedan ser libremente aceptados por las partes, el criterio delimitador propuesto por Jeol deviene irrelevante<sup>91</sup>. En un caso parecido, *Natalys*, la S. de 19-11-91<sup>92</sup> casó la sentencia que admitía el contrato porque, aunque la franquiciadora no tenía un monopolio, y por ello no había podido prescindir del mercado al fijar sus precios, la instancia no se había preguntado concretamente «si los precios de aplicación podían ser libremente discutidos y aceptados por las partes», y eso debía provocar su casación. Era tanto como presumir que donde hay una cláusula de exclusividad los precios no se pueden negociar<sup>93</sup>.

Con estas dos sentencias se dio por finalizado el intento de cambiar la línea emprendida en 1971. Todavía la S. 30-6-92 admitió la validez de un contrato marco sin precio, pero ya no se publicó de forma oficial, precisamente por estar al margen de la línea jurisprudencial que el tribunal asumía como propia<sup>94</sup>. No obstante, Ghestin observó que la S. 22-1-91 había mantenido en todo momento la exigencia fundamental de impedir que una parte quede a merced de la otra, por lo que seguía siendo válida en aquello en que había reforzado el núcleo de la línea de sentencias anuladoras. También se entendió consolidado que el 1129 no era aplicable a las prestaciones de servicios con la misma energía con que lo era a las compraventas o al contrato que, para ser aplicado, necesitara de la realización de ventas (obligaciones de dar); es decir, incluía las franquicias de productos en el régimen de los contratos de distribución, del que excluía al resto de las franquicias.

27. El retorno a la jurisprudencia anuladora ocasionó también su endurecimiento. Las sentencias que mantenían la nulidad de los contratos de gasolineras habían convivido sin problemas con la nueva jurisprudencia, que no pretendía modificarlas. Así, en las SS. 12-2-91 (*Esso c. Turpault*) y 26-2-91 (*Total c. Fagega*)<sup>95</sup> los contratos marco tenían determinado el modo de fijar precio a los carburantes suministrados, pero no el aplicable a los lubricantes; esa parte era nula y provocaba la nulidad total del contrato por razón de su indivisibilidad. También se recuperó la nulidad de los contratos de mantenimiento de línea telefónica con referencia a la tarifa de la compañía telefónica (vid. las citadas SS. TA París de 13-6-91 y la del T. Casación de 2-7-91).

<sup>90</sup> Com. 5 nov. 1991, en *D.* 1993, pp. 382-3.

<sup>91</sup> GHESTIN, en *D.* 1993, p. 382.

<sup>92</sup> Com. 19 nov. 1991, en *D.* 1993, pp. 382-3.

<sup>93</sup> Así, GHESTIN, *ibid.*, p. 383.

<sup>94</sup> GHESTIN, *D.* 1993, p. 381. *Vid. supra*, nota 36.

<sup>95</sup> Reproducidas y comentadas en LEVENEUR, «Des contrats-cadres en matière de distribution et l'exigence de détermination du prix: le reflux et ses limites», *CCC*, Mai 1991, pp. 1-3.

28. Desde 1992 se incluye en el grupo de los contratos afectados por la exigencia del artículo 1129 a los de *affiliation*, en los que una cadena proveedora de productos, generalmente alimenticios, provee a tiendas especializadas (distribuidores) de todos los productos que éstas venden al por menor. En las SS. 14-4-92<sup>96</sup> y, sobre todo, en dos de 23-6-92 (*Uta c. Sobudis y Pinier c. Disco Gros*<sup>97</sup>), el Tribunal de Casación entendió que tales contratos de *affiliation* eran también de aprovisionamiento exclusivo, les aplicó el artículo 1129 y declaró su nulidad por falta de precio. En la S. 9-3-93 (*Aldis c. Pistono*<sup>98</sup>) consideró que un contrato de aprovisionamiento «preferente» había establecido, más allá de las palabras empleadas, un régimen de exclusividad en favor de la proveedora que fijaba los precios, por lo que declaró su nulidad.

29. A partir de la S. de la Sala civil de 2-5-90<sup>99</sup> se comenzó a aplicar el artículo 1129 a los contratos de préstamo bancario con tipo de interés variable<sup>100</sup>. La Sala de lo comercial limitó el alcance de esta decisión en la S. 9-6-92<sup>101</sup>, asumida también por la Civil en la S. 9-2-94<sup>102</sup>. En ellas se entendía que la anulación del contrato iría en perjuicio del prestatario al que se quiere proteger y, por eso, aunque la cláusula que faculta al banco prestamista a variar el tipo de interés en función de su voluntad es nula, «no supone la nulidad del contrato de préstamo». Si el prestamista no hace uso de su facultad de arbitrio, el contrato es válido y le serán aplicables los intereses pactados inicialmente. Pese a esta atemperación, un estudio de Derecho comparado realizado por Corbisier cuestionó el comportamiento de los tribunales franceses, que divergía totalmente del de los países del entorno y podía suponer para los bancos nacionales «una desventaja competencial en el contexto del gran mercado europeo»<sup>103</sup>.

30. También en 1992 se produjo un importante cambio en el tipo de ineficacia y efectos derivados del artículo 1129, cambio que culminaría una evolución desde la caducidad inicial a la nulidad con todas sus consecuencias y causaría el paradójico efecto de mostrar la inadecuación de esta última al tipo de problemas que se afrontaban.

<sup>96</sup> GHESTIN, D. 1993, p. 383.

<sup>97</sup> LEVENEUR, «Les conséquences de la nullité por indétermination du prix des contrats-cadres de distribution», CCC, novembre 1992, pp. 1-3.

<sup>98</sup> En CCC, juillet 1993, núm. 129, p. 6.

<sup>99</sup> Civ. 1re. 2 mai 1990, cit. por CORBISIER, p. 36, nota 2.

<sup>100</sup> Especialmente, vid. GHESTIN, *Traité*, núms. 746-759.

<sup>101</sup> Com. 9 juin 1992, D. 1992, Jur., 529, note Gavalda, cit. por CORBISIER, p. 36, nota 2.

<sup>102</sup> Civ. 1re. 9 février 1994, RTD civ. 1994-3, pp. 599-600, comentada por MESTRE.

<sup>103</sup> CORBISIER, «La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Europe», en RAE, núm. 3, 1993, pp. 27-40 (la cita, en la p. 36), donde estudia la solución en Alemania, Holanda, Bélgica y Luxemburgo, y su complemento en Derecho británico en SEFTON-GREEN, «La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Droit Anglais», en RAE, núm. 3, 1993, pp. 41-48. La solución comparada es, a salvo puntualizaciones específicas para el Derecho del consumo, la admisión de tales cláusulas, aunque sometiendo su aplicación a control judicial según el principio de buena fe. Como se ve, prácticamente la misma solución vista anteriormente para la compraventa.

La jurisprudencia de los años 70 sobre gasolineras se había decantado por la caducidad sobrevenida del contrato, decisión lógica cuando no había habido problemas respecto al precio hasta que desapareció la norma que lo fijaba. Esta caducidad volvió a mantenerse ocasionalmente para casos en que el precio era inicialmente admisible pero estaba sometido a una cláusula que permitía la arbitrariedad, como ocurría en la S. 2-11-93<sup>104</sup>, donde se casaba una sentencia que admitía un contrato de suministro de cerveza porque la referencia empleada para modificar el precio inicial dependía parcialmente de la voluntad del proveedor<sup>105</sup>, y por ello el contrato había «devenido caduco». El Tribunal de Casación se inclinaba así, contra algunas sugerencias doctrinales, por entender que la caducidad nace de pleno derecho en el momento en que se produjo la arbitrariedad y el juez debe limitarse a declararla, sin atribuirle efecto retroactivo<sup>106</sup>.

Los contratos «de gasolineras» de segunda generación nacieron con referencia directa a la tarifa del vendedor, es decir, nunca habían llegado a tener un precio admisible, por lo que la solución adoptada para ellos fue la *nulidad*. Con la ampliación del 1129 a otros contratos marco se sugirió que cada falta de acuerdo para un contrato de aplicación debería ser un supuesto de caducidad y no de nulidad, pero prevaleció la idea de que la falta de elementos determinantes hacía ya de por sí nulo al contrato marco, con independencia de lo que ocurriera en su aplicación. Con frecuencia se dijo que era indiferente apreciar caducidad o nulidad<sup>107</sup>, pero eso se debía a que los tribunales no adoptaban la nulidad con todas sus consecuencias. Las diferencias entre una y otra fueron quedando más patentes conforme la decisión de anular se fue aplicando con más coherencia. Esta evolución tuvo gran importancia para que la mayoría llegara a darse cuenta de que la nulidad no era el remedio adecuado para solucionar el problema.

31. A partir de la S. 13-3-73 se entendió que *la declaración de nulidad del contrato marco afectaba también a los de aplicación*; por lo tanto, debía ser retroactiva y ocasionar las devoluciones del precio ya pagado por el distribuidor y los productos ya entregados por el proveedor. En muchas ocasiones estos últimos ya se habían consumido y su devolución era imposible, por lo que se pagaba su equivalente en dinero fijado según la tarifa del vendedor.

32. Esta solución, aplicada durante mucho tiempo, materialmente equivalía casi a una anulación *ex nunc* (contrato válido con el precio

<sup>104</sup> Com. 2 novembre 1993, en *RTD civ.*, 1994-3, pp. 600-01.

<sup>105</sup> Parece que en este caso la decisión no era correcta (en el mismo sentido, MALAURIE/AYNES, *Cours*, VIII, núm. 836). El contrato establecía la modificación automática del precio según lo hicieran el de la cebada y el salario de los empleados del cervecero, y como este último no era resultado de un convenio colectivo, sino de negociación por empresas, dependía en parte de la voluntad del proveedor. Nada de ello quita importancia a la decisión que adoptó el Tribunal acerca de los efectos que debería acarrear la ausencia de precio.

<sup>106</sup> MESTRE, en *RTD civ.*, 1994-3, pp. 600-01.

<sup>107</sup> Así lo mantenía GHESTIN, *D.* 1993, p. 384.

fijado por el proveedor hasta el momento de la sentencia, y nulo desde ésta)<sup>108</sup>. Pero era un contrasentido declarar la nulidad del contrato *porque* no era admisible el precio del vendedor, y acto seguido emplear ese mismo precio como referencia para fijar el valor de los productos entregados<sup>109</sup>. Dos SS. TC. de 23-6-92 (una relativa a contrato de *affiliation*, *Pinier c. Disco Gros*, y la otra «de gasolineras», *Bertron c. Esso*<sup>110</sup>) afrontaron la incoherencia y, tras declarar la nulidad de los contratos cuestionados, especificaron que los productos entregados (es decir, la cantidad que se debía pagar al no poder devolverlos) «deben ser pagados a su valor real, sin incluir la parte de beneficio obtenida por el proveedor» (*S. Pinier*)<sup>111</sup>. La S. 5-4-94<sup>112</sup> mantuvo este criterio al casar una sentencia anuladora de un contrato «de gasolinera» porque había condenado al pago del equivalente del carburante entregado sin restar el beneficio del proveedor: la actuación de la instancia era como ejecutar un contrato como consecuencia de un sentencia que declaraba su nulidad. Leveneur defendió la solución porque era igual de gravosa para el proveedor que si le hubieran devuelto el producto entregado, pero no más, y desincentivaría la redacción de contratos sin mención de precio<sup>113</sup>, que eran, a su juicio, el auténtico problema. Por el contrario, Malaure y Aynes la criticaron por permitir al distribuidor acumular retroactivamente su beneficio y el del proveedor, algo «contrario a la moral de los negocios»<sup>114</sup>.

33. De forma paralela a la extensión del ámbito del artículo 1129, en los últimos años también se pudo apreciar en los tribunales un cierto «retorno a una mayor estabilidad de los contratos y menor uso de la anulación por defecto de objeto»<sup>115</sup>. Pero no parece que proviniera de un cambio o una discrepancia de la línea mayoritaria, pues no se dijo nada de eso expresamente, sino de los casos concretos que se juzgaban. Así se

<sup>108</sup> La S. 5-4-94 así lo dijo. En realidad, no eran totalmente equivalentes, pues de esa cantidad había que descontar, con frecuencia, la indemnización a la que se condenaba al proveedor por la diferencia entre su precio y el de «mercado libre».

<sup>109</sup> Subraya la paradoja LEVENEUR en «Les conséquences de la nullité pour indétermination du prix des contrats-cadres de distribution», CCC, novembre 1992, p. 2.

<sup>110</sup> Com. 23 juin 1992: 1re. arrêt, *affaire Uta*; 2e. arrêt, *affaire Pinier*; 3e. arrêt, *affaire Bertron*, reproducidas y comentadas por LEVENEUR en «Les conséquences de la nullité pour indétermination du prix des contrats-cadres de distribution», CCC, novembre 1992, pp. 1-3.

<sup>111</sup> *Ibid.* En parecidos términos se expresa la S. *Bertron*. Esso no tenía derecho a obtener la restitución pedida con referencia a su propia tarifa de precios, que era más de lo que se habría debido en ejecución de una nulidad contractual, «sino al valor real de los productos entregados, con exclusión de todo beneficio». Igualmente, Com. 5 avr. 1994, *Sté. Da Costa c. Sté. Mobil Oil française*, sentencia inédita citada por MESTRE en *RTD civ.*, 1994-3, p. 601.

<sup>112</sup> Com. 5 avril 1994, en *RTD com.*, 1994-4, pp. 768-69, comentada por BOULOC.

<sup>113</sup> LEVENEUR, «Les conséquences», p. 3.

<sup>114</sup> MALAURIE/AYNES, *Cours*, VIII, núm. 836, nota 64. Ponen por ejemplo la enorme acumulación de capital que supondría aplicar esa regla con carácter retroactivo a una relación comercial de, por ejemplo, 30 años.

<sup>115</sup> BOULOC, *RTD com.*, 1995-4, p. 834.

pueden entender las SS. citadas de 23-2-93<sup>116</sup>, 30-11-93<sup>117</sup>, 21-2-95<sup>118</sup> y 23-5-95<sup>119</sup>.

34. Es inevitable preguntarse por la influencia que estos vaivenes judiciales, en su mayor parte orientados hacia la nulidad, provocaron en el comportamiento de los agentes económicos y en la contratación de la «vida real». El sector más contrario a la jurisprudencia dominante le echa en cara unos «efectos devastadores», pero también constata su incapacidad de modificar la práctica contractual, que sigue remitiendo el precio a la fijación de una de las partes, aunque los términos contractuales lo «disfracen» para escapar de la anulación<sup>120</sup>.

<sup>116</sup> Com. 23 févr. 1993, *SA Champion c. SARL Les Frères Gourmet, CCC*, juillet 1993, núm. 129; *D.* 1993, 379. Champion se comprometía a aprovisionar de *foie gras* a Les Frères en un contrato cuyo precio era comunicado cada año por el primero, con posibilidad de renegociación. Al año de la firma del contrato surgieron problemas entre las partes y el distribuidor demandó la resolución, contestada por el proveedor invocando la nulidad por indeterminación del precio. La instancia dio por bueno el contrato y su resolución y fue confirmada en casación, aunque modificando su razonamiento «*par motifs de pur droit*»: el contrato establecía obligaciones de hacer, y la mera discusión anual del precio, sin que nadie hubiera invocado que una de las partes hubiera podido imponer su voluntad a la otra, no era criterio suficiente para causar la nulidad del contrato. El tenor literal de la corrección de fundamentos de Derecho realizada por la *Cour* hace que se pueda considerar un epígono de la línea comenzada por la S. 22-1-91 (como hace GHESTIN, *D.* 1993, p. 381). Pero me parece importante subrayar que, una vez más, era la parte redactora del contrato y con pretexto poder de decisión la que invocaba la nulidad: bastaría esto para entender inaplicable una ineficacia cuyo sentido, no lo olvidemos, es proteger a la otra parte.

<sup>117</sup> *RTD civ.*, 1994-3, p. 599. Admitía la tarifa del productor porque si el distribuidor se oponía a ella estaba previsto el arbitrio de un tercero.

<sup>118</sup> *RTD com.*, 1995-4, pp. 833-34, comentada por BOULOC. La Casación consideró admisible el contrato porque no era una venta, sino un acuerdo general que servía de base a otras ventas, el tribunal de instancia no había apreciado indeterminación del precio (recuérdese que en otras ocasiones la *Cour* no renunciaba a controlar este punto) y porque «no está demostrado que el proveedor haya impuesto su voluntad» a la otra parte (recuérdese también que anteriormente la presunción era la contraria). Pero, más que un cambio en la doctrina, esos razonamientos parecen servir de acompañamiento al auténtico motivo de que se admita el contrato: que éste contenía una cláusula remitiendo al precio anterior en defecto de nuevo acuerdo, con lo que la indeterminación quedaba salvada en cualquier caso.

<sup>119</sup> Civ. 1re. 23 mai 1995, *RTD civ.*, 1995-3, pp. 620-21, comentada por MESTRE. La determinabilidad cuestionada no era la del precio, sino la de la prestación. El contrato para la colocación de un vídeo-club incluía el alquiler de 200 películas indicadas por sus géneros, pero no por sus títulos. El TA Caen apreció nulidad contractual por efecto del artículo 1129, ya que la determinación de la prestación dependía en último lugar sólo de la voluntad del proveedor, pero su sentencia fue casada, pues bastaba la determinación de especie y cantidad y en este caso, además, parece que la elección de los títulos concretos no se dejaba al proveedor, sino a los socios del vídeo-club. Con toda probabilidad, el conflicto que ocasionó la demanda no estuvo provocado por los problemas de determinación, sino que ésta fue, una vez más, el argumento empleado por una de las partes para intentar desvincularse del contrato.

<sup>120</sup> En el que tal vez sea el trabajo más crítico con la jurisprudencia anuladora, AYNES dice: «Tanta energía gastada inutilmente... Esta jurisprudencia obstinada no ha logrado modificar en profundidad la práctica contractual, y mientras tanto continúa alimentando una abundante litigiosidad. Y no es que los justiciables se empeñen en resistirla, sino que ninguna cláusula permite satisfacer a la vez las exigencias pretorianas y las necesidades prácticas. Los precios de los contratos de suministro son tan indeterminados hoy como hace veinte años. La jurisprudencia está obligada a batirse en retirada». «*Indétermination du prix dans les contrats de distribution: comment sortir de l'impasse?*», en *D.* 1993, Chron., pp. 25-27. La cita está en la p. 25.

35. Ya nos hemos referido a algunos de esos «disfraces». Los tribunales no admitieron la «tarifa confidencial» (S. 25-1-82), el «precio más ventajoso» (S. 25-2-86), ni siquiera los precios administrativos cuando dejaban demasiado margen de decisión al proveedor (SS. 29-6-81 y 11-1-84)<sup>121</sup>. Los términos de «*affiliation*», «aprovisionamiento preferente», «aprovisionamiento libre» o «mandato y gerencia para explotación de fondo de comercio de distribución de carburantes» fueron equiparados a todos los efectos a la distribución con cláusula de exclusividad de la que previsiblemente intentaban diferenciarse<sup>122</sup>.

36. El sistema que parece más empleado en la práctica para evitar la nulidad es insertar en el contrato *cláusulas de fijación del precio por un tercero* permitidas por el artículo 1592 C.civ. con arreglo a un procedimiento complejo, aplicables desde el comienzo de la vida del contrato en algunos casos o, más frecuentemente, sólo si una de las partes considera inaceptable el precio fijado por el vendedor<sup>123</sup>. En este caso las partes, y especialmente el proveedor, tienen la firme intención de no llegar a emplear nunca el mecanismo, pero lo incluyen porque cumple una doble función: desincentivar el cuestionamiento del precio por la otra parte, ya que el procedimiento para hacerlo resultaría complicado, lento y caro; y protegerse de una eventual demanda de nulidad por falta de precio. Para Aynes, la cláusula no convierte al precio en determinable<sup>124</sup> y es contraria a las necesidades del comercio<sup>125</sup>. Lo cierto es que parece muy usada y algunas sentencias, como la de 30-11-93, dan fe de su utilidad para evitar la anulación<sup>126</sup>.

37. Otra cláusula empleada a veces con los mismos fines dilatorios es la de *oferta concurrente*, de la que proporciona un buen ejemplo el caso *Fimex c. Expandia* resuelto por la S. TA París 2-5-86<sup>127</sup>. El contrato en cuestión establecía el suministro durante tres años renovables de un complejo producto farmacéutico, el iskedyl, cuyo ciclo de producción es de unos diez años. Según la cláusula de oferta concurrente, el comprador

<sup>121</sup> Las referencias, *supra*.

<sup>122</sup> SS. 12-2-91; 14-4-92; dos de 23-6-92; 9-3-93. Todas ellas, citadas *supra*.

<sup>123</sup> GROS, «Les clauses de prix dans les contrats de bière», CCC, janv. 1991, citado por AYNES, «L'indétermination», p. 25. En el mismo sentido, GASTINEL, *EBLR*, october 1995, pp. 239-40. LELOUP, en su respuesta al cuestionario internacional promovido por *Droit et pratique du commerce international* (núm. 18, 1992-3, p. 422), también recomienda evitar la nulidad acudiendo a la cláusula de precio fijado por tercero, aunque da la impresión de hacerlo con la intención de que se aplique realmente.

<sup>124</sup> «L'indétermination», p. 25.

<sup>125</sup> MALAURIE/AYNES, *Cours*, VIII, núm. 836.

<sup>126</sup> Com. 30 novembre 1993, en MESTRE, *RTD civ.*, 1994-3, p. 599. Aunque no era un supuesto clásico. Se trataba de un contrato de distribución exclusiva de cerveza que remitía el precio al habitual del cervecero o, si el distribuidor se oponía, al fijado por un tercero. El distribuidor denunció el contrato cuando aún le quedaban cuatro años y, para evitar que se le aplicara la cláusula penal (el precio del 20 por 100 de los productos que dejaba de recibir con su denuncia), invocó la nulidad del contrato por indeterminación del precio. El Tribunal de Casación, confirmando la instancia, reconoció la validez del contrato, la cláusula penal y el precio fijado unilateralmente por el proveedor al que el distribuidor no se había opuesto en su momento.

<sup>127</sup> CA París, 2 mai 1986, *JCP*, 1986. II. 20622, comentada por GHESTIN. Fue confirmada en casación por la S. Com. 14 juin 1988, cfr. GHESTIN, *Traité*, núm. 741.

(Fimex) podía oponerse al precio fijado anualmente por el productor (Expandia) y sustituirlo por el contenido en una oferta alternativa que hubiera ofrecido de forma seria otro laboratorio de garantía. Aunque la cláusula podría haberse admitido en abstracto, en este caso el procedimiento de aplicación previsto, que otorgaba al comprador un plazo de dos meses desde el conocimiento del precio para poder buscar otros alternativos, era incompatible con el carácter altamente cualificado del producto y su largo ciclo de producción. Los tribunales se dieron cuenta de que la cláusula no sólo nunca fue aplicada por las partes, sino que su utilización habría sido casi imposible, y con ella el comprador quedaba a merced del precio que le impusiera el productor. De estas SS. la doctrina ha concluido que la oferta concurrente es válida, pero exige atender al procedimiento concreto que establezca para comprobar que es realmente operativa y buscada en sí misma, y no un mero recurso formal que oponer a la pretensión de nulidad en caso de que ésta llegue a invocarse. El mismo criterio puede considerarse aplicable a las otras cláusulas de determinación del precio <sup>128</sup>.

38. Igualmente, se ha considerado admisible la referencia al precio fijado por el proveedor o a un nuevo acuerdo sobre el precio cada cierto tiempo, siempre y cuando establezca otro *modo supletorio* para el caso de que llegue a haber oposición o desacuerdo. La fijación de un precio inicial hace posible que se pueda recurrir a él en caso de inadmisión de la cláusula prevista para su modificación posterior, evitando así la nulidad del contrato <sup>129</sup>. La S. 21-2-95 <sup>130</sup> admitió un contrato con precio revisable cada cuatro meses que en defecto de acuerdo establecía el anteriormente aplicado. La utilización de esta cláusula parece rápida, sencilla y barata, pero también insensible a las nuevas circunstancias y perjudicial para el proveedor.

39. En resumen, la situación en el momento inmediatamente anterior a la —por ahora— definitiva solución del conflicto, es decir, en diciembre de 1995, puede describirse como de aplicación rígida de la nulidad por indeterminación del precio, lo que provocaba una notable inestabilidad en los contratos de distribución, la proliferación de cláusulas meramente formales que permitieran escapar de la actuación del juez, y el empleo de la nulidad por indeterminación con fines distorsionados, ajenos a la función que le corresponde. De forma paralela y contradictoria, en los últimos años había surgido otra línea de sentencias que favorecían con su decisión la estabilidad del contrato con precio indeterminado, aunque sin mostrar oposición directa a la línea dominante. No es exagerado decir que la doctrina clamaba por una intervención del legislador o la jurisprudencia que unificara las respuestas de las Salas civil y comercial, proporcionara la suficiente seguridad jurídica y, a poder ser, también favoreciera la estabili-

<sup>128</sup> BARRET, «Vente», núm. 467. Sobre las cláusulas de determinación en general, *supra*, núm. 5.

<sup>129</sup> Com. 25 mai 1981 y CA Montpellier 4 janv. 1990, cit. por FERRIER, «La détermination», núm. 8.

<sup>130</sup> Com. 21 févr. 1995, *RTD com.*, 1995-4, pp. 833-34, comentario de BOULOC.



dad de los contratos <sup>131</sup>. En cuanto al modo de llevar a cabo este último punto no había acuerdo, pero predominaba la opinión contraria a que se anularan los contratos marco sin precio determinado.

## II. EL NUEVO CAMBIO JURISPRUDENCIAL: LAS SS. DE 29-11-94 Y 1-12-95

40. La situación anteriormente descrita ha cambiado radicalmente con las dos series de sentencias a las que se hizo referencia al comienzo de estas líneas: las SS. *Alcatel* de la Sala civil de 29-11-94, de forma embrionaria y todavía vacilante y, ya con seguridad y carácter definitivo, las SS. *del Pleno* de 1-12-96.

El supuesto de hecho en las dos sentencias de 29-11-1994 <sup>132</sup> era muy similar. Los dos contratos de alquiler y mantenimiento de instalación telefónica establecían en favor de la arrendadora (Alcatel) la exclusividad para realizar todas las modificaciones en la línea que solicitara la arrendataria, que darían lugar a la «revalorización del canon de alquiler, sobre la base de la tarifa en vigor» establecida por la primera. La jurisprudencia consolidada sobre esos contratos, en muchos de los cuales la misma compañía Alcatel ya había sido la parte condenada, entendía que la cláusula era nula por indeterminación del precio <sup>133</sup>. Así lo hizo también una de las sentencias de instancia, la S. TA Colmar 20-9-91, mientras que la otra, S. TA Besançon 19-2-92, declaraba válidos la referencia a la tarifa y el contrato. La Sala civil casó la primera de las sentencias y rechazó el recurso contra la segunda con razonamientos casi idénticos: «el contrato litigioso hacía referencia a una tarifa, de modo que el precio era determinable, y no se alegó que la sociedad Alcatel hubiera abusado de la exclusividad que le estaba reservada para incrementar su tarifa con el fin de obtener un beneficio ilegítimo, incumpliendo así su obligación de ejecutar el contrato de buena fe». Aunque sólo la primera fue publicada ofi-

---

<sup>131</sup> «No se puede sino desear que el Tribunal de Casación persevere en el retorno a una mayor estabilidad de los contratos y menor uso de la anulación por defecto de objeto», BOULOC, *RTD com.*, 1995-4, p. 834; «Está permitido pedir respetuosamente que la Sala mercantil, y más ampliamente el Tribunal de Casación, tenga a bien formular en esta materia de la nulidad por indeterminación del precio, ciertamente compleja, pero de un interés práctico considerable, principios claros y desprovistos de contradicción», GHESTIN, *D.* 1993, p. 384; «la mayor parte de los autores denuncian su carácter irreal e incoherente y piden que se abandone [la exigencia del artículo 1129]», pues «se revela injustificada e inadecuada», y sería sustituida con mejores resultados por «una sanción puntual y proporcionada al abuso» efectivamente producido, AYNES, «Indétermination», pp. 25-26; «parece preferible admitir la exigencia de determinación del precio y buscar la flexibilidad de la jurisprudencia en su apreciación de la pertinencia del precio», FERRIER, «La détermination du prix», núm. 6; la jurisprudencia haría mejor en atender al abuso de la dependencia económica y al imperativo legal de la transparencia que a la indeterminación del precio, cfr. COLLART DUTILLEUL/DELEBECQUE, *Contrats*, núm. 148, etc.

<sup>132</sup> Las referencias, en la nota 3 de este trabajo.

<sup>133</sup> P. ej., SS. de la Sala mercantil de 1-12-81, 9-6-87 (dos SS.) y 2-7-91, y de la civil 5-7-88, todas citadas anteriormente, *supra*, núm. 18.

cialmente, y es la más significativa por admitir la casación por violación de ley, las dos han sido reproducidas y comentadas de forma conjunta <sup>134</sup>.

41. La doctrina reconoció rápidamente que estas sentencias suponían un «considerable cambio» <sup>135</sup>. En primer lugar, admitían la remisión a la tarifa del vendedor, que pasaba de considerarse abusiva a presumirse legítima, a salvo de que se alegara –y, presumiblemente, se consiguiera probar– su carácter abusivo. Igualmente, la sanción de la indeterminación del precio dejaba de ser la nulidad absoluta. El diagnóstico del problema y su solución se desplazaban desde el momento de formación del contrato al de ejecución, que debía realizarse conforme a la exigencia de buena fe (artículo 1134.3 C.civ.). La doctrina más favorable al cambio confiaba en que la nueva orientación terminara definitivamente con un «contencioso irrealista y artificial» y el Derecho francés «se liberara definitivamente de una regla fundada sobre una interpretación discutible del artículo 1129 y, además, contraria a las exigencias del Derecho de la competencia» <sup>136</sup>. Además, los autores que hasta el momento se habían mostrado más conformes con la postura de la casación modificaron su postura. Así, Ghestin reprochó a la antigua jurisprudencia que hubiera abandonado su carácter originario de remedio protector y sobrevenido al aplicar la nulidad como absoluta y retroactiva, haciendo con ello que «el remedio fuera peor que la enfermedad» <sup>137</sup>. Las nuevas sentencias, que deberían aplicarse en todos los campos, tenían el mérito de colocar al Derecho francés junto a la mayoría de los de su entorno y facilitar su armonización <sup>138</sup>.

42. No obstante, permanecían algunos interrogantes. El más importante era la misma estabilidad de la nueva doctrina, sobre todo teniendo en cuenta que había sido pronunciada sólo por la Sala civil. Desde el primer momento se plantearon dudas sobre si la Sala mercantil, principal responsable de la jurisprudencia en la materia, respaldaría o se opondría a la doctrina civil plasmada en las SS. Alcatel, aunque parecía más probable esto último, dado que su pronunciamiento más cercano en el tiempo, la S. de 8-11-94, aplicaba con cierto rigor el artículo 1129 a una franquicia, declarando nula la determinación por una de las partes y negando incluso la posibilidad de confirmación del contrato <sup>139</sup>. Ante la posibilidad de una nueva ruptura, en este caso entre salas del Tribunal de Casación, algunas voces pidieron una doctrina conjunta de ambas dictada por una sala mixta o por el pleno <sup>140</sup>.

<sup>134</sup> Efectivamente, el *Bulletin civil* incluye tan sólo la primera de ellas (I, núm. 348). Sobre la publicación de las sentencias de la casación francesa, *vid. supra*, núm. 10 y nota 36.

<sup>135</sup> MALAURIE/AYNES, *Cours*, núm. 208 (nota 21) y núm. 837. También hacen referencia a su importancia los demás comentarios.

<sup>136</sup> MALAURIE/AYNES, *Cours*, núm. 837.

<sup>137</sup> GHESTIN, *JCP* 1995, núm. 11.

<sup>138</sup> GHESTIN, *JCP* 1995, núms. 16-20.

<sup>139</sup> MESTRE, en *RTD civ.*, 1995-2, pp. 359-60. GASTINEL también mostró sus dudas, *EBLR*, october 1995, pp. 240-41. BOULOC apuntó débilmente que la S. civil de 29-11-94 y la mercantil de 2-7-91 «no son radicalmente irreconciliables», lo que no le impidió pedir a renglón seguido la unificación de la jurisprudencia, *RTD com.*, 1995-2, p. 465.

<sup>140</sup> BOULOC, *ibid.*

Tampoco estaba claro el alcance que debía darse a la nueva doctrina. Aunque la mayoría la consideraba aplicable a todos los contratos, incluidos los bancarios <sup>141</sup>, para Barret sólo sería válida la tarifa del vendedor –y no otras referencias– para los contratos complejos de distribución –no para las ventas simples–, siempre y cuando la tarifa no estableciera un «beneficio ilegítimo» <sup>142</sup>, y dejando aparte los contratos de consumo, en los que la cláusula podría entenderse incluida en la categoría de las abusivas y considerarse como no escrita <sup>143</sup>.

La Sala civil, al declarar la validez del contrato *porque* no se había invocado que la ejecución hubiera sido abusiva, podía hacer pensar que la sanción del precio abusivo era la nulidad <sup>144</sup>, solución manifiestamente inadecuada, pues, como apuntaba Mestre, la correcta formación o no del contrato no puede depender del modo en que éste se ejecute <sup>145</sup>. El mismo autor proponía que en esos casos (es decir, cuando se entendiera que la tarifa del vendedor establecía un precio abusivo) se permitiera al juez *salvar* el contrato moderando su precio, de forma análoga a como puede hacer con la cláusula penal <sup>146</sup>.

43. Todo ello hizo que se pudiera decir que las SS. Alcatel, pese a su claridad, fueron interpretadas por unos como sentencias continuadoras mal motivadas y por otros como una duda respecto a la sanción que debería aplicarse <sup>147</sup>.

44. Las cuatro SS. de 1-12-95 <sup>148</sup> proporcionaron la respuesta definitiva al largo debate. Para dictarlas se reunió el Pleno (*Assemblée Plénière*) del Tribunal de Casación. También vinieron precedidas de un importante informe del Fiscal Jeol, asumido y publicado con las sentencias, como ya había ocurrido con la S. 22-1-91. Hay acuerdo en que «por la amplitud de su ámbito y las modificaciones que aporta, este espectacular cambio de jurisprudencia es de una importancia excepcional» <sup>149</sup>.

Los cuatro pleitos eran bastante similares. En *Cofratel c. Bechtel*, la segunda contrató la instalación y mantenimiento telefónico en sus oficinas durante quince años a cargo de la primera, pero al poco tiempo cerró parte de sus locales, resolvió el contrato y, para evitar tener que pagar la cláusula penal establecida, solicitó la nulidad contractual por indeterminación del precio, que fue admitida por el TA en sentencia casada posteriormente. En *Soc. Montparnasse c. Alcatel* ocurrió algo parecido, pero la instancia,

<sup>141</sup> Así, GHESTIN, JCP 1995, núm. 14.

<sup>142</sup> BARRET, «Vente», §§ 488-89.

<sup>143</sup> Según el artículo L. 132-1 del Código del Consumo. Aunque a BARRET la sanción le parece «insuficiente, porque la desaparición de la cláusula del precio tiene por efecto privar a la venta de un elemento constitutivo. Por lo tanto, es la nulidad de todo el contrato lo que debería producirse ante la irregularidad de la cláusula del precio», en «Vente», § 491.

<sup>144</sup> BARRET mantuvo expresamente que, cuando la tarifa estableciera un «beneficio ilegítimo», «la nulidad del contrato parece imponerse», «Vente», § 491.

<sup>145</sup> RTD civ., 1995-2, p. 359.

<sup>146</sup> Ibid. En el artículo 1231 Code, al que es muy similar nuestro 1154 Cc.

<sup>147</sup> AYNES, en D. 1996, p. 19.

<sup>148</sup> Las referencias, en la nota 4 de este trabajo.

<sup>149</sup> GHESTIN, JCP 1996.II.22565, núm. 1.

confirmada posteriormente, denegó la nulidad. En *Cie. Atlantique de téléphone c. Sumaco* fue la compañía telefónica quien demandó la resolución por impago del cliente, que reconvino la nulidad contractual porque estaba indeterminado el precio al que deberían pagarse las modificaciones de la línea en caso de que llegaran a producirse; la instancia admitió la nulidad en sentencia que fue posteriormente casada. Por último, en *Vassalli c. Gagnaire* un franquiciado cuestionaba la validez del contrato en el que se comprometía a emplear en su establecimiento exclusivamente los productos que su franquiciador le proporcionaría a precio de catálogo. El TA de Chambéry declaró la nulidad en sentencia que luego sería casada.

45. Por tanto, eran tres supuestos de alquiler y mantenimiento de línea telefónica y uno de franquicia, tres sentencias que casaban la de instancia y una que rechazaba la casación: cuatro casos en que el Pleno tomaba partido por la permanencia del contrato a pesar de la indeterminación de su precio. Aunque los supuestos concretos no son representativos de los muy variados en los que, como hemos visto, se aplica el artículo 1129, no hay dudas al afirmar que la nueva jurisprudencia se aplica a todos ellos. De las cuatro sentencias se pueden extraer tres afirmaciones complementarias entre sí<sup>150</sup>:

– En primer lugar, los contratos marco de distribución no necesitan establecer un modo de fijación del precio para ser válidos, e incluso pueden guardar silencio sobre ese punto. Los conflictos que puedan surgir acerca del precio futuro son materia de ejecución contractual, y no de formación del contrato. La sanción aplicable en caso de incumplimiento o comportamiento abusivo tampoco provocará la nulidad del contrato, sino la posibilidad de que la parte perjudicada lo resuelva o exija una indemnización<sup>151</sup>.

– La *S. Vassalli* admite como válida la referencia a la tarifa futura de una de las partes<sup>152</sup>, y se ha dicho que va más allá y permite que una de ellas pueda quedar encargada de fijar el precio<sup>153</sup>. Se deshace así la equiparación de lo unilateral y lo arbitrario. Naturalmente, si la fijación se hace de forma abusiva, la otra parte podrá pedir la resolución o una indemnización.

– La tercera y más radical solución es declarar inaplicable el artículo 1129 a la determinación del precio. Es decir, con palabras de Jeol, «a salvo de disposiciones legales particulares, la ausencia de fijación de pre-

<sup>150</sup> AYNES, D. 1996, p. 19.

<sup>151</sup> Con esta medida se acaba con la práctica habitual de invocar problemas relativos a la determinación del precio para conseguir la anulación de un contrato buscada por otros motivos, *EBLR*, August-Sept. 1996, p. 194. Los mismos supuestos que dieron lugar a las SS. 1-12-95 son un buen ejemplo de ese empleo. *Infra*, núm. 55.

<sup>152</sup> «Atendido que la cláusula de un contrato de franquicia que hace referencia a la tarifa en vigor del día de las peticiones (*commandes*) de aprovisionamiento no afecta a la validez del contrato, pues el abuso en la fijación del precio no da lugar más que a la resolución o a indemnización».

<sup>153</sup> AYNES, D. 1996, p. 19. Debe de extraerlo de la última afirmación de la S.: «Atendiendo a que para anular este contrato la sentencia afirma que (...) se trata de hecho de un baremo y que supone que la determinación del precio quede a la discreción del franquiciador; que al actuar así, el TA ha violado los textos citados».

cio en el momento de la conclusión de un contrato no afecta a su validez». Con razón se ha dicho que esto «borra de un plumazo toda la jurisprudencia sobre el artículo 1129 elaborada desde 1978»<sup>154</sup>.

46. La nueva doctrina se aplica a contratos marco<sup>155</sup> o a los que requieran pedidos sucesivos, exista o no cláusula de exclusividad (pues el Pleno suprime la mención a esa cláusula, que todavía se invocaba como fundamento en las *SS. Alcatel*), siempre que el precio se refiera a la tarifa del suministrador o pueda ser fijado unilateralmente por una de las partes. Para las compraventas simples, sin embargo, el artículo 1591 sigue exigiendo la determinabilidad del precio. Si no se establece nada, habrá que distinguir si el defecto de precio es estructural, y por lo tanto provoca la nulidad por imposible ejecución del contrato, o si, como es más habitual, el precio es determinable por una de las partes y sólo hace falta proteger a la otra de una hipotética arbitrariedad. Para este caso, Ghestin sugiere que se puede mantener la tradicional anulabilidad de protección, siempre que no se olvide su carácter, o aplicarle el nuevo régimen de control de la determinación abusiva, solución que presenta la ventaja de unificar la respuesta jurídica a problemas similares<sup>156</sup>.

47. Al contrario que la Sala civil en las *SS. Alcatel*, el Pleno se centra en la noción de *abuso* más que en la exigencia de buena fe, tal vez porque ello permite un mayor control casacional, ya que la buena fe está sometida a la apreciación soberana de la instancia<sup>157</sup>. Los primeros comentaristas han apuntado algunos criterios interpretativos, en buena parte divergentes. Para Ghestin, este concepto equivale al tradicional *abuso de derecho civil*, «conformidad del empleo de un derecho subjetivo reconocido por el Derecho objetivo con la finalidad de dicho reconocimiento». Por ello, el control debe partir de la finalidad del poder concedido a una de las partes por el contrato según dos posibles vías: la del control de los motivos reales que han inspirado la fijación del precio, o la comparación con los usos del comercio y la referencia objetiva al precio de mercado, por la que parece decidirse<sup>158</sup>. Por el contrario, para Aynes, además del abuso, que supone la conducta antijurídica, el juez deberá comprobar que concurren los requisitos habitualmente exigidos antes de apreciar la responsabilidad contractual (culpa, perjuicio y relación de causalidad), o los establecidos en el artículo 1184 C.civ. para admitir la resolución contractual<sup>159</sup>. Pero las decisiones del Pleno no consagran que el juez pueda fijar el precio, pues su misión en

<sup>154</sup> GHESTIN, *JCP*, 1996, núm. 5.

<sup>155</sup> Categoría cuyo interés y estudio ha crecido mucho a raíz de las distintas aplicaciones de los artículos 1591 y 1129. *Vid.* POLLAUD-DULIAN/RONZANO, «Le contrat-cadre, par delà les paradoxes», en *RTD com.*, 1996-2, pp. 179-210. La definición que proponen estos autores es la de «acuerdo de base por el cual las partes fundan y organizan una corriente de negocios que implica, para ser llevada a cabo (mené a bien), la conclusión de una serie de contratos de aplicación», *cit.*, p. 179.

<sup>156</sup> GHESTIN, *JCP*, 1996, núm. 25.

<sup>157</sup> *Ibid.*, núm. 30.

<sup>158</sup> *Ibid.*, núms. 32-42.

<sup>159</sup> AYNES, *D.* 1996, p. 20.

este caso no es integrar un elemento de la relación negocial, como ocurre ante la falta de acuerdo en otros contratos, sino controlar la integración que lleve a cabo una de las partes. Tampoco imponen el precio justo en los contratos. Lo que se condena es el abuso en la arbitración, no la fijación de un precio excesivo. Por ello, el elemento de control no será el valor objetivo del bien, sino la lealtad de la práctica contractual. Las sentencias posteriores dirán si el Tribunal de Casación se inclina por un concepto de precio abusivo objetivo y ligado al precio de mercado, como parece proponer Ghestin, o por uno subjetivo y tal vez más restrictivo como sugiere Aynes.

48. Alguna voz crítica, como la de Jamin, ha apuntado que el antagonismo estructural entre distribuidores y proveedores no va a terminar sino, simplemente, a desplazarse. Para él, la mala fe como criterio para controlar la determinación del precio y los conceptos difícilmente limitables de «precios de competencia» y «beneficio ilegítimo» son una concesión a las exigencias del comercio internacional en contra del equilibrio de las partes y amenazan plantear más cuestiones de las que resuelven, invitar a que los distribuidores pleiteen y ser fuente inagotable de litigios <sup>160</sup>.

En cualquier caso, parece claro que este punto final es también otro comienzo, y que ahora le corresponde a la jurisprudencia ir formando los criterios con los que entender cuándo un precio es abusivo. Puede que se resuelva en una especie de inversión no escrita de la carga de la prueba, y que la presunción *iuris et de iure* de ilegitimidad de la arbitración del precio se trueque en una presunción *iuris tantum* de su legitimidad.

49. En cuanto a la sanción de la conducta abusiva, hay una fuerte apuesta por el mantenimiento del contrato. Antes, se protegía a una parte mediante la nulidad; ahora, el conflicto se desplaza al interior del contrato, sin cuestionar su validez. La Casación abandona la antigua nulidad, cuya aplicación extrema con efectos retroactivos parece haber sido una de las principales causas del rechazo generalizado que suscitaba la jurisprudencia <sup>161</sup>, y considera aplicable la resolución o la indemnización. En francés hay dos palabras distintas para referirse a la resolución: *résolution* y *résiliation*. En principio, la primera tiene efectos retroactivos y la segunda no, pero la jurisprudencia no siempre las había empleado de forma precisa. Ahora, el Pleno retoma y consagra la diferencia, estableciendo que a los casos que nos ocupan les es aplicable sólo la *résiliation* <sup>162</sup>. Así se termina con los efectos retroactivos concedidos anteriormente, incluso con los que se aplicaban de forma limitada <sup>163</sup>. Una última

---

<sup>160</sup> En la reseña a la tesis de David BOULANGER *L'indétermination de l'objet pécuniaire des contrats engendrant vente de marchandises* publicada en *RTD civ.*, 1995-2, pp. 468-69. Todavía no se habían dictado las SS. de 1995, pero me parece que su comentario también se podría haber referido a ellas.

<sup>161</sup> GHESTIN, que también parece haber sido influido por eso, lo refleja en *JCP*, 1996, II, 22565, núms. 3 y 46.

<sup>162</sup> *Ibid.*, núm. 46.

<sup>163</sup> En Derecho francés se admiten los efectos retroactivos de la resolución para los contratos de ejecución sucesiva. Su aplicación, sin embargo, venía mitigada por el momento al que se retrotraían, que en ocasiones era el de los hechos que justificaban la resolución y en otras el de la sentencia o el de la interposición de la demanda. GHESTIN, *ibid.*, núm. 47.

duda planteada al hilo de las nuevas sentencias es si el momento a partir del cual se concederán los efectos será el del abuso o el de la demanda.

### III. ALGUNAS OBSERVACIONES

50. Pese al carácter principalmente expositivo de este trabajo, tal vez se puedan hacer algunas observaciones. Las sentencias citadas pueden sorprender por la amplia autonomía de los jueces que muestran en un sistema en teoría tan antijurisprudencial y «ultralegalista» como el francés<sup>164</sup>. Sin embargo, la importancia de la jurisprudencia en Francia es hoy indiscutible, más aún en el Derecho de obligaciones, que Jestaz<sup>165</sup> ha considerado «esencialmente jurisprudencial» por la pervivencia sin reformar del *Code*, y pese a que los tribunales siempre lo citen como fundamento de sus decisiones, aunque sea para incumplirlo. Este desplazamiento del polo de la ley al de la jurisprudencia, «fuente de la eterna juventud» inevitable para los códigos entrados en años, puede provocar también malentendidos. Creo que a lo largo de estas páginas se han puesto de manifiesto algunos.

51. Tal vez las sentencias «de gasolineras» de principios de los años 70, que marcan un punto de inflexión y el comienzo de un paréntesis peculiar respecto al Derecho comparado y al de la misma Francia, sean fruto de la tradicional reticencia del Derecho francés a que los jueces intervengan en el contrato —o, al menos, a reconocerlo— y la distorsión producida cuando dicha intervención se muestra necesaria. El conflicto presenta un clásico problema de relaciones entre la norma administrativa reguladora de precios y los contratos

<sup>164</sup> El calificativo de «ultralegalista» lo aplica JESTAZ, «Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à un autre», *RTD civ.*, 1996-2, p. 305. Al debatir el proyecto de la ley que instituiría el Tribunal de Casación, ROBESPIERRE aseguró que aquel tribunal no tendría más jurisprudencia que la ley, pues la ley expresa la voluntad general y la jurisprudencia el poder de la casta de los jueces (DÍEZ-PICAZO, «Codificación, descodificación y recodificación», *ADC*, 1992-2, pp. 475-76). Con ello era fiel a una mentalidad que aún hoy sigue debiendo mucho a MONTESQUIEU. Creo que la configuración de la casación francesa se entiende mejor a la luz de algunos textos de *De l'esprit des lois* (la edición manejada es la de Garnier, París, 1949, 2 vols.). Allí se puede leer que los jueces «no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor» (XI, 6). «En los Estados despóticos no hay ley: el juez es su propia regla. En los Estados monárquicos hay una ley: si es precisa, el juez la sigue; si no lo es, sigue su espíritu. En el gobierno republicano pertenece a la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley» (VI, 3). «En las monarquías, los jueces actúan al modo de los árbitros: se reúnen, intercambian opiniones, se ponen de acuerdo (...) Nada de esto ocurre en la república. En Roma y las ciudades griegas los jueces no se comunicaban: cada uno sentenciaba de uno de estos tres modos: *Absuelvo*, *Condeno*, *No está claro*, porque era el pueblo quien juzgaba o quien se entendía que juzgaba, y el pueblo no es jurisconsulto. Las facultades moderadoras y el carácter de los árbitros no le son propios; hace falta presentarle un solo objeto, un hecho, y un solo hecho, y que no tenga más que ver si debe condenar, absolver o remitir el juicio» (VI, 4).

<sup>165</sup> JESTAZ, «Les sources»; especialmente, pp. 305-10.

sometidos a ella, especialmente cuando sobreviene una desregulación no prevista por las partes. Si sólo se tratara de eso, la referencia al precio habitual del proveedor habría podido bastar para solventar la indeterminación<sup>166</sup> y, en cualquier caso, la tendencia liberalizadora de los precios, completada en Francia con la Ordenanza de 1-12-1986, habría condenado a muerte al problema; pero no fue así. La reticencia de los tribunales a admitir que una de las partes pudiera fijar el precio, aunque éste fuera el habitual y pudiera compararse con los alternativos que ofrecía el mercado para ver si debía considerarse abusivo, guarda relación con la incompreensión y hasta el rechazo de los jueces hacia el mismo mercado como mecanismo regulador neutral de los precios. Collart Dutilleul y Delebecque ya habían pronosticado la evolución que ahora se ha completado de la jurisprudencia, porque ésta «no podrá evitar la idea de que “los precios de bienes, productos y servicios... son libremente determinados por el juego de la competencia”»<sup>167</sup>.

52. La fundamentación oficial que se le reconoció a aquellas sentencias anuladoras era formalista y poco acorde con el realismo de la solución que adoptaban. Por ejemplo, es extraño que no se concediera relevancia al precio concreto que fijaron los productores y que la intención de proteger a la parte débil, tan clara en la mente del Tribunal, no se continuara en cierto interés por comprobar si ésta necesitaba y merecía realmente la protección<sup>168</sup>. Tampoco Ghestin se planteó qué criterios deberían cumplirse para entender que una parte necesitaba protección frente a la decisión de la otra. Al prescindir de esa pregunta, su nulidad de protección se convertía, además, en una presunción *iuris et de iure* de que una de las partes, la poderosa, estaba abusando con su conducta.

53. Sin embargo, sería interesante preguntarse si las sentencias anuladoras, más allá de las explicaciones que ofrecían, eran en realidad un expediente de justicia empleado por el tribunal tras comprobar que el precio fijado por los proveedores era abusivo. Hasta donde podemos saberlo, ni los demandantes lo invocaron, ni los tribunales lo analizaron expresamente o lo reconocieron como fundamento de su fallo, pero parece que su decisión de anular tenía mucho que ver con que los proveedores siguieran pagando a los *pompistes* exclusivos los precios anteriores, cuando en el libre mercado ellos mismos estaban cobrando mucho menos, lo que parece contrario a la buena fe exigible en un contrato de colaboración como el que los unía<sup>169</sup>. Esto llevaba a entender que el término de comparación para evaluar la admisibilidad de los pre-

<sup>166</sup> Ya en la *S. Strauch c. Calmes* de 5-11-71 quedó claro que el problema era otro, pues el contrato contenía una referencia a la tarifa del proveedor —que reproducía la del Comité del petróleo— para el caso de que se modificara la norma que establecía el precio.

<sup>167</sup> COLLART DUTILLEUL/DELEBECQUE, *Contrats*, núms. 148 y 144. La frase que entrecomillan está sacada del artículo 1 de la Ordenanza de 1-12-86.

<sup>168</sup> En la misma línea y sentido parecido, JAMIN reprocha a los críticos a la jurisprudencia anuladora que no aporten nunca la demostración económica de lo que mantienen, *RTD civ.*, 1996-2, p. 520.

<sup>169</sup> *Vid.* los datos relativos a los precios *supra*, núm. 11.



cios de los proveedores debían ser los nuevos precios libres en lugar de los antiguos resultantes de la norma administrativa derogada. Aunque sólo sea una especulación, es razonable pensar que, si los precios fijados por el Comité Profesional hubieran estado más cerca de los aplicados en el mercado libre, las anulaciones no se habrían producido.

54. Entendida así, como un expediente de justicia que protegía a los distribuidores exclusivos de permanecer en una situación notablemente inferior respecto a los no exclusivos, aunque no respecto a la que habían tenido ellos mismos antes del nuevo Decreto, la solución de 1971 se puede considerar acertada, e incluso anticipadora de la adoptada finalmente en 1994 y 1995, que no emplea como criterio para la intervención del juez la indeterminación inicial, sino el abuso en la fijación posterior del precio. Pero si la situación concreta exigía proteger a una parte, tal vez debería haberse reconocido de un modo más claro en lugar de invocar una presunta exigencia dogmática abstracta como la indeterminación, cuya posterior aplicación a otros casos en que no concurría la necesidad de justicia ocasionaría luego buena parte de los problemas provocados por la aplicación de los artículos 1129 y 1591.

55. Efectivamente, uno de los mayores inconvenientes de la aplicación rígida del artículo 1129, ampliada con carácter general a todos los contratos, es que las partes hacían uso de una nulidad fácilmente conseguible con propósitos que nada tenían que ver con la finalidad buscada por la norma y por los jueces que la aplicaban. En buena parte de los casos la pretendida indeterminación no abarcaba todo el precio del contrato, sino sólo alguna cláusula accesoria o prestación secundaria<sup>170</sup>. A veces las demandas de nulidad tenían lugar cuando la formación del precio no estaba causando ningún problema<sup>171</sup>, pero la parte demandante quería romper el contrato por otros motivos, como eludir el cumplimiento de una obligación post-contractual de no competencia<sup>172</sup>. Otras, la demanda de nulidad no era sino el modo en que el incumplidor del contrato pretendía evitar su condena en juicio o el pago de la cláusula penal<sup>173</sup>, incluso para liberarse de pasivo y vincular a la otra parte en el procedimiento de la propia liquidación concursal<sup>174</sup>. Más claro queda cuando quien pedía la nulidad era, precisamente, la parte en cuyo poder estaba la fijación del precio<sup>175</sup>. En estos últimos casos la demanda era,

<sup>170</sup> Así los contratos de alquiler de línea telefónica, donde la referencia a la tarifa era sólo para la ampliación o el arreglo de la línea contratada.

<sup>171</sup> Hasta donde podemos conocer los hechos, no se ve el problema en las SS. 30-11-93, 23-5-95 ni, en general, en las SS. citadas en las líneas siguientes.

<sup>172</sup> GASTINEL, en *EBLR*, 1996, 7, 8-9, p. 194.

<sup>173</sup> P. ej., SS. 22-1-91, 30-11-93, tres de 1-12-95.

<sup>174</sup> S. AP París 2-5-86.

<sup>175</sup> P. ej., SS. 22-1-91 y 23-2-93. En la S. TA Grenoble 12-3-69 (comentada por HEMARD en *RTD com.*, 1970, pp. 763-64) era el distribuidor que pedía la nulidad el que fijaba el precio al que compraba los carburantes, y el tribunal concedió la nulidad, pero, al ser imputable a las dos partes, no concedió indemnización, y remitió la liquidación de las relaciones de hecho surgidas al acuerdo amigable o la vía judicial. GHESTIN discute, con razón, el acierto de la sentencia («L'indétermination du prix», núm. 27).

naturalmente, rechazada, pero sin aclarar el porqué: la institución anuladora está basada en la defensa de la parte débil, cuando ésta es merecedora de protección.

56. Todo esto lleva a pensar que el problema que se cuestionaba no era, en realidad, la determinación o indeterminación del precio, y que la nulidad por indeterminación era más un medio jurídico para anular contratos atacables por otros motivos que un fin en sí misma<sup>176</sup>. Este empleo indirecto de la nulidad por indeterminación coincidiría con lo observado en Italia y España<sup>177</sup>, y las sentencias del Pleno parecen confirmarlo al considerar la indeterminación inicial irrelevante para la validez. La diferencia está en que los otros Derechos siempre conservan el sentido protector de la indeterminación. Apenas muestran sentencias que anulen un contrato por indeterminación, y cuando eso ocurre nunca es por la misma indeterminación, sino con una finalidad protectora concreta. Por el contrario, parece que la jurisprudencia francesa anterior a 1994 se «tomó en serio» el argumento de la indeterminación y aplicó la nulidad aunque no hubiera necesidad concreta de proteger a una parte del abuso de la otra. Tal vez, si los tribunales hubieran tenido más en cuenta el sentido de la nulidad-protección y lo hubieran reconocido como el auténtico fundamento de buena parte de lo que decidían, el conflicto suscitado por la aplicación de los artículos 1129 y 1591 hubiera sido más diáfano y menos problemático. Por lo visto, aunque el Derecho francés necesita, como todos los demás, ser renovado por vía judicial, el peso legalista de su tradición jurídica convierte esta tarea en algo más bien complicado.

Lo anterior explicaría las sentencias anuladoras que parecen más discutibles<sup>178</sup>. En cuanto a las demás, para Frison-Roche confirman que el auténtico contenido que la jurisprudencia concedía a la nulidad por indeterminación del precio es el control de la equivalencia de las prestaciones: «es la correspondencia entre el precio y su contraprestación la que se exige bajo pena de nulidad»<sup>179</sup>. Según entiendo, esto no significa que los tribunales franceses exigieran siempre un «precio justo», sino que consideraron la falta de equivalencia como elemento para calibrar la existencia de abuso en la fijación del precio realizada por una de las partes y emplearon la nulidad por indeterminación como argumento para atacar dicho abuso. Desde este punto de vista, las sentencias de 1994-95 no parecen brusca ruptura, sino rectificación del rumbo y clave para entender el fundamento de las anteriores, explíci-

<sup>176</sup> FRISON-ROCHE, «L'indétermination», núm. 40.

<sup>177</sup> La nulidad por indeterminación de la prestación parece en ocasiones un cajón de sastre para anular contratos por otros motivos cuando no se encuentra una vía específica más adecuada. Para Italia, *vid.* ROPPO, «Sugli usi giudiziali della categoria "indeterminatezza/indeterminabilità dell' oggetto del contratto", e su una sua recente applicazione a tutela di "contraente deboli"», en ALPA/BESSONE/ROPPA, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Jovene, Napoli, 1982, p. 129. Para España se puede decir algo parecido, *infra*, núm. 62.

<sup>178</sup> Cfr. núm. 55.

<sup>179</sup> «L'indétermination», núm. 40.

tando el objetivo buscado y aplicando con más coherencia los medios para lograrlo.

57. La novedad de las SS. de 1994-95 va más allá de la determinación del precio, y también puede relacionarse con una evolución más amplia del Derecho de contratos francés en lo que tiene de conceder más autonomía al juez, valorar el abuso contractual, proteger la pervivencia del contrato hasta donde sea posible y centrar el control jurídico en su ejecución<sup>180</sup>.

58. Puede servir como ejemplo una jurisprudencia relacionada con la que se ha expuesto en estas líneas: la referida a la actuación del juez cuando las partes no designan al perito que ha de fijar el precio<sup>181</sup>. Las primeras SS. posteriores al *Code* permitían que el juez procediera al nombramiento. Posteriormente, en un largo período del s. XIX se entendió que eso era una intervención inadmisibile del juez aun en el caso en que las partes le hubieran habilitado para ello, y se anuló el contrato que lo hiciera por equiparación con el que incorporaba una condición potestativa. Hoy la solución es intermedia y, aunque el juez no interviene en el nombramiento, sí se concede indemnización por incumplimiento contra la parte que se niega a nombrar, con lo que se evita que la nulidad por indeterminación ocasione una ventaja al que incumple<sup>182</sup>.

59. Estas tendencias se pueden detectar igualmente en la nueva ley francesa sobre cláusulas abusivas de 1 de febrero de 1995, que transpone la Directiva comunitaria de 5 de abril de 1993 y modifica el llamado Código de Consumo<sup>183</sup>. Su proceso de formación muestra el peso de una jurisprudencia adelantada a la ley y la transición de un tribunal no valorador a otro con cierto poder autónomo, sin que la doctrina haya mostrado preocupación por ello<sup>184</sup>. También la solución adoptada se centra en el concepto de cláusula abusiva, definida como «la que tiene por objeto o

<sup>180</sup> Se ha dicho que ésta es una de las características del moderno Derecho de contratos, para el que lo decisivo es buscar soluciones prácticas centradas en el momento y modalidades de la ejecución. Del *Code* se puede decir, como de nuestro Cc, que «dispone la tutela del área del contrato alrededor de su origen, la formación del consentimiento», pero «no tutela satisfactoriamente la tarea de ejecución», DORAL-GARCÍA, «Orientaciones actuales sobre el futuro del contrato», en *Homenaje a Vallat de Goytisolo*, VI, p. 138.

<sup>181</sup> Artículo 1592 C.civ. *Vid.* su texto *supra*, núm. 4.

<sup>182</sup> ALPA, «Accordo delle parti e intervento del giudice nella determinazione dell'oggetto del contratto», en ALPA/BESSONE/ROPPO, *Rischio contrattuale*, pp. 92-93, nota 5 bis.

<sup>183</sup> Este Código de Consumo (*Code de la consommation*), «a pesar de su nombre, no es un código en sentido estricto, sino una compilación o reunión de diferentes textos legales que sólo tienen en común su finalidad de protección de los consumidores», LETE ACHIRICA, «La transposición de la Directiva de 5 de abril de 1993 en el Derecho francés: la ley de 1 de febrero de 1995 sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos», en *La Ley*, núm. 3974, 14-2-96, pp. 1-8. La cita, en la p. 2.

<sup>184</sup> Como dice LETE ACHIRICA, «la antigua ley de 1978 había relegado a los tribunales a la función de declarar no escritas aquellas cláusulas previamente prohibidas por decreto sin poder apreciar directamente su carácter abusivo». Aunque la reforma del 95 no lo indica expresamente, se ha afirmado que su finalidad es «atribuir al juez la tarea principal de eliminar de los contratos las cláusulas abusivas», LETE ACHIRICA, «La transposición», pp. 2-3.

por efecto crear, en detrimento del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato» (art. 132-1 párrafo 1.º C.Con.). Conforme a la técnica comunitaria del Derecho de consumidores, se incluye un anexo con una «lista gris» indicativa y no exhaustiva de cláusulas habituales que podrán ser consideradas abusivas, aunque se desvía de la Directiva al añadir que «el demandante no está dispensado de aportar la prueba del carácter abusivo de esa cláusula»<sup>185</sup>. El carácter abusivo puede ser apreciado en el momento de la celebración del contrato o, de forma más cercana a la nueva solución propuesta para los contratos marco, «respecto a las [cláusulas] contenidas en otro contrato, cuando la celebración o la ejecución de los dos contratos dependan jurídicamente la una de la otra» (art. L.132-1 párr. 5.º C.Con.); y su declaración ocasionará la ineficacia de la cláusula declarada abusiva y la nulidad parcial del contrato, que «seguirá siendo aplicable en todas sus disposiciones distintas de las abusivas, si puede subsistir sin esas cláusulas» (art. L.132-1 párr. 8.º C.Con.). Los Derechos del consumo y comunitario se muestran aquí como fuentes renovadoras de principios e instituciones<sup>186</sup>.

#### IV. CONSIDERACIONES DE DERECHO ESPAÑOL

60. En España partimos de unas normas y principios muy similares a los del *Code français*<sup>187</sup>. Sin embargo, su aplicación apenas ha provoca-

<sup>185</sup> Como indica LETE ACHIRICA, imponer la carga de la prueba al demandante en presencia de una «cláusula gris» es casi privar de valor jurídico a dicha lista y, al hacerlo así, la norma francesa está siendo infiel a la letra y al espíritu de la directiva que transpone, «La transposición», pp. 3-4.

<sup>186</sup> También podrá decirse algo parecido respecto a España, *infra* núm. 62.

<sup>187</sup> Los artículos del *Code* citados *supra* han originado otros equivalentes en nuestro Cc. Así, el 1129 II C.civ.: «La cantidad de la cosa puede ser incierta, siempre que pueda ser determinada» está en el origen del 1273 CC: «(...) La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo acuerdo entre los contratantes». El 1174 C. Civ.: «Toda obligación es nula en la medida en que esté sometida a una condición potestativa de la parte obligada» dio origen primero al 1256: «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» y, posteriormente, al 1115: «Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula (...)» (sobre esta curiosa duplicidad, su explicación y consecuencias, *vid.* VALPUESTA GASTAMINZA, *La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual privado*, Servicio de Publicaciones de la U. de Navarra, Pamplona, 1989, pp. 28-38). Por último, los artículos del *Code* que regulan la exigencia de precio en la compraventa, 1591: «El precio de la venta debe ser determinado y designado por las partes» y 1592: «Sin embargo, puede dejarse a arbitraje de un tercero; si el tercero no quiere o no puede hacer la estimación, no habrá venta» estuvieron en el origen del 1447 CC: «Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada. Si ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato». A ellos hay que añadir dos sin equivalente francés: el 1448, que amplía los «precios ciertos» admitidos por el artículo 1447, y el 1449, corolario del ya citado 1256, por el que se podría pensar que nuestro Derecho debería ser más restrictivo en este punto que aquél: «El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

do conflictos, éstos se han producido en sectores distintos de los contratos de distribución, y la respuesta proporcionada por el sistema para afrontarlos ha sido en buena parte divergente de la francesa<sup>188</sup>. Por todo ello, se puede decir que no hay una jurisprudencia paralela o comparable a la francesa sobre la indeterminación del precio en contratos de distribución. Pero sí se pueden hacer algunas observaciones sobre el «precio cierto» en Derecho español<sup>189</sup>.

61. En cuanto a la posibilidad de remitir el precio a la tarifa del vendedor o dejarlo para ser fijado por una de las partes, cuando el Código prohíbe el arbitrio está pensando en la arbitrariedad o *arbitrium merum*, es decir, en la «libre voluntad sin cortapisas»<sup>190</sup> incontrolable, y no en la arbitración o *arbitrium boni viri*, conforme a la buena fe, razonable, controlable e infungible<sup>191</sup>. Hace ya tiempo que Díez-Picazo puso de manifiesto que la segunda se utiliza en la práctica sin causar demasiados problemas y debe considerarse permitida en nuestro Derecho<sup>192</sup>. Del mismo modo, la remisión al precio habitual del vendedor es práctica frecuente y no ha de considerarse prohibida necesariamente por el artículo 1449 Cc<sup>193</sup>. Las lagunas del contrato no provocan su nulidad, sino su integración conforme al artículo 1258 Cc, y lo mismo puede decirse cuando contiene cláusulas abusivas.

62. La auténtica medida en que se exige el «precio cierto» en España viene dada por su exigencia jurisprudencial. Tras analizar las sentencias en las que el TS anula o confirma la nulidad del contrato por falta de determinación del precio<sup>194</sup>, integra la indeterminación pese a encontrarse con un precio indeterminado<sup>195</sup> o considera válido el contrato pese a que devenga inaplicable el precio fijado por las partes<sup>196</sup>, acaso se pueda afirmar que la indeterminación inicial del precio no es un problema relevante para la pervivencia del contrato.

<sup>188</sup> Lo que nos hace recordar la sugerente y ambiciosa propuesta de DORAL GARCÍA, todavía por hacer, de estudiar las distintas soluciones que han ido proporcionando a lo largo del tiempo ambos sistemas para los más de 200 artículos del CC que se copiaron literalmente del *Code* y sus equivalentes franceses.

<sup>189</sup> Para todo esto remito a mi tesis doctoral, en curso de elaboración.

<sup>190</sup> GARCÍA CANTERO, *Comentarios al CC*, Edersa, Madrid, 1980, XIX, p. 57.

<sup>191</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, *cit.*, pp. 258-61.

<sup>192</sup> Parece que a lo largo de los años el profesor DÍEZ-PICAZO ha ido acercándose cada vez más a considerar válida de *lege lata* la arbitración de una de las partes. Véanse *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, pp. 102-106, donde, siguiendo a PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (Anotaciones a ENNECERUS, *Tratado de derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1933, II-1, p. 29), lo consideraba inadmisibles pero abogaba por su admisión de *lege ferenda*; *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial* (Civitas, Madrid, 4.ª ed., 1993, I, p. 213), donde no se pronuncia claramente contra la admisibilidad actual; y «La formación del contrato» (ADC, 1995, pp. 8-10), donde parece mucho más favorable a admitirlo como vigente.

<sup>193</sup> GARCÍA CANTERO, *Comentarios*, p. 59.

<sup>194</sup> SS. TS 9-3-1866; 25-6-1887; 18-5-1908; 26-1-1922; 4-5-23; 30-12-24; 25-5-26; 3-12-28; 13-12-35; 17-10-61; 23-11-62; 30-12-80; 26-4-82; 26-10-84; 9-3-85; 24-1-91; 15-2-93; AP Valencia 1-1-95 y AP Lleida 13-2-95.

<sup>195</sup> SS. TS 28-4-61; 30-3-70; 28-6-74; 23-11-76; 18-10-78; AP Lleida 2-10-95.

<sup>196</sup> SS. TS 7-7-52; 3-1-79; 7-3-83; 21-3-89.

Las sentencias que invocan indeterminación del precio para anular una compraventa son muy pocas en términos absolutos, y menos aún si se compara esa cifra con la de las nulidades provocadas por cualquier otro motivo. Pero son muchas menos aún las que realmente anulan por causa de indeterminación del precio. Los contratos anulados no tienen el precio tan indeterminado como para provocar la nulidad. Bastantes, hasta donde permite conocerlos la lectura de la sentencia, lo tienen perfectamente fijado, y el de otros podría ser determinado según criterios más o menos objetivos<sup>197</sup>. Pero el TS nunca anula sin motivos. Todos los contratos anulados tienen alguna (y, a veces, más de una) importante carencia, con frecuencia más difícil de solucionar que la mera falta de determinación del precio. La nulidad por indeterminación del precio se utiliza para otros fines distintos de los que parecerían serle propios; o, mejor dicho, esta utilización está mostrando que la auténtica función de dicha nulidad no es exigir la determinación del precio *ex ante*, sino otra distinta que varía en cada caso, principalmente actuar como indicio de falta de voluntad contractual o proteger a una de las partes frente a la actuación abusiva o de mala fe de la otra<sup>198</sup>.

63. En principio, la falta de equivalencia de las prestaciones no tiene relevancia en la decisión judicial cuando sólo están en juego relaciones *inter partes*, aunque sí puede tenerlas en sus efectos frente a terceros<sup>199</sup>. Pero el Derecho del consumo ha introducido la posibilidad de plantear el carácter abusivo de las cláusulas, entre ellas las de precio, que «comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios» [art. 10.1.c) 3.º LCU], que deberán tenerse por no puestas (art. 10.4 LCU). Por esta vía, los tribunales están aplicando sin problemas la nulidad parcial del precio e integrándolo cuando ello es necesario para la pervivencia del contrato<sup>200</sup>.

64. En materia de suministros se admite que la cantidad por suministrar ha de ser fijada de buena fe por el suministrado, dentro de los márgenes razonablemente previsibles y conforme a sus propias necesidades, conceptos estos que no son arbitrarios, sino perfectamente controlables por el juez. También se admite y usa con frecuencia el precio referido al habitual del suministrador en el momento de la entrega<sup>201</sup>. Los efectos

<sup>197</sup> P. ej., SS. TS 9-3-1866; 26-1-1922; 4-5-23; 25-5-26; 13-12-35; 17-10-61; 30-12-80; 26-4-82; 26-10-84; 9-3-85.

<sup>198</sup> Conclusiones cercanas a las que han apuntado ROPPO para el Derecho italiano y FRISON-ROCHE para el francés, *vid. supra*, núm. 56, aunque este uso indirecto de la nulidad por indeterminación parece empleado por los tribunales de los tres países de forma y con fines levemente diferentes.

<sup>199</sup> ARECHEDERRA ARANZADI, *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho privado*, Montecorvo, Madrid, 1978.

<sup>200</sup> P. ej., la S. AP Baleares 14-7-94 y su comentario por GÓMEZ Díez en *Poder Judicial*, 37, 1995, pp. 371-79. En ese caso se establecía un interés de demora del 5 por 100 mensual (60 por 100 anual) que el tribunal consideró «especialmente desproporcionado» y substituyó por el convencional establecido con carácter retributivo.

<sup>201</sup> El «suministro a necesidad», ya en GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, Ed. RDP, Madrid, 1963, III-1, pp. 420-21. El resto, FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ,

del incumplimiento o la resolución no son retroactivos en el caso del suministro, y sí, en teoría, en la compraventa de ejecución fraccionada; pero, de hecho, la jurisprudencia tampoco aplica a ésta la retroactividad cuando la entrega cumplió el interés económico del contrato<sup>202</sup>.

65. Durante mucho tiempo, y para algunos sectores, la remisión a la tarifa de una parte no ha provocado problemas porque se trataba de una empresa estatal monopolista (Telefónica o CAMPSA) o dichos precios estaban autorizados administrativamente (como los de la energía eléctrica o las tarifas bancarias), lo que ocasionaba que el juez no entrara a cuestionar si el precio era o no abusivo<sup>203</sup>. Sin embargo, cuando el precio es resultado de unas condiciones generales aprobadas administrativamente, eso no impide que los tribunales controlen su contenido<sup>204</sup>. Cabe preguntarse si la liberalización de estos sectores y sus precios, tantas veces sometidos a tarifa del proveedor, va a aumentar la litigiosidad en la materia o a cuestionar ese modo de fijación del precio; pero no tiene que ocurrir así necesariamente. En muchos otros contratos las tarifas carecen de control oficial, sin que eso lleve a cuestionarlas ante los tribunales.

66. En cuanto a las franquicias, y especialmente las de producto, que son las más cercanas a los contratos de distribución, parece que el conflicto francés acerca de los precios es un caso particular. En otros países, entre ellos España, el contrato marco también suele remitir el precio a la tarifa del franquiciador o sus proveedores autorizados, y aunque está claro que esta sujeción no lo es al mercado, sino a sus propias necesidades, no es una fuente especial de conflictos<sup>205</sup>. La escasa jurisprudencia española no se corresponde todavía con la tasa de crecimiento de las franquicias, y por el momento no ha tenido que pronunciarse al respecto.

67. Por lo que se refiere al control de la fijación de intereses bancarios en los préstamos de interés variable, el sistema español actual establece la libertad inicial del banco completada por diversas obligaciones de comunicación administrativa, transparencia informativa, en algunos casos, la intervención del corredor colegiado o notario, y siempre con la posibili-

---

*El contrato de suministro*, Montecorvo, Madrid, 1992, especialmente en pp. 50-64, donde recoge la jurisprudencia y doctrina.

<sup>202</sup> FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *Suministro*, pp. 128-152.

<sup>203</sup> P. ej., la muy comentada STS 28-4-61, donde el TS da por buena la integración judicial del precio empleando criterios administrativos en un suministro de energía eléctrica realizado a lo largo de varios años sin que las partes hubieran llegado a acordar el precio (BADENES GASSET, *La compraventa*, I, pp. 244-5; Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Tecnos, Madrid, 3.ª ed., 1981, II, pp. 35-38; GARCÍA CANTERO, *Comentarios Edersa*, XIX, p. 55, nota 44). Las SS. AP Madrid de 28-5-91, 22-4-92 y 15-9-92, surgidas a raíz de unas compensaciones unilaterales efectuadas por CAMPSA frente a distintas compañías petrolíferas, ponen de manifiesto que el precio en estos contratos civiles «puede ser lícito o abusivo, pero lo es en virtud de un acto acordado por un organismo público en cumplimiento de un régimen oficial de contratación» (S. AP Madrid, 28-5-91). Comentadas por RON MARTÍN en *RGD*, 588, 1993-9, pp. 8185-8199.

<sup>204</sup> Otra cosa sería una convalidación del abuso. *Vid.* la S. AP Baleares 14-7-94 y su comentario por GÓMEZ Díez, en *Poder Judicial*, 37, 1995, p. 378.

<sup>205</sup> Ni en el terreno contencioso ni en el más difuso de las reclamaciones y expectativas de los franquiciados.

dad de posterior reclamación. La doctrina considera abusivo someter el tipo de referencia al interés preferencial de la entidad prestamista o incluso al promedio de tipos preferenciales en los que esté incluida ésta, por faltarle la nota de neutralidad e incurrir en las prohibiciones de los artículos 1256 y 1449 Cc<sup>206</sup>. Aunque probablemente la protesta esté justificada, sobre todo teniendo en cuenta la necesidad de extremar la protección al consumidor en su relación con los bancos y las muchas cláusulas abusivas que presentan habitualmente las pólizas bancarias, todavía sin adaptar al nuevo Derecho de protección a los consumidores<sup>207</sup>, me parece que la referencia al tipo preferencial de una entidad es equiparable al precio habitual de una de las partes, no deja a una parte en manos de la conducta arbitraria del otro, no es contrario a nuestro Derecho y podría admitirse, aunque sometido al control posterior por si éste resultara abusivo.

68. Por último, la reacción frente al cambio en la fijación administrativa de precios reflejada en el asunto de los distribuidores de gasolina franceses de los años 70 puede recordar en cierto modo a un pequeño grupo de sentencias españolas nacidas al abrigo del cambio jurisprudencial que dejó de apreciar la nulidad parcial y reducción del precio para las compraventas de viviendas de protección oficial con precio superior al máximo fijado administrativamente; más en concreto, a aquellos contratos con precio remitido al máximo administrativo y anulados por los tribunales considerando que había indeterminación del precio<sup>208</sup>. En ambos casos, un sector relevante de la contratación descansaba en la imperatividad de un precio máximo fijado por norma administrativa, el tribunal se cuestionaba la pervivencia del consentimiento contractual y la determinabilidad del precio una vez modificada la norma en ese punto, y la respuesta fue declarar la ineficacia del contrato. Pero las diferencias son relevantes, y todas justifican más la postura francesa que la española<sup>209</sup>.

<sup>206</sup> SEGURA ZURANO, «Los préstamos y el interés variable», en *RDN*, 139, 1988, pp. 339-63 y RAPOSO FERNÁNDEZ, «Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancarios», en *La Ley*, núm. 4169, 19-11-96, p. 6. El interés variable requiere la determinación de los periodos de interés (diario, mensual, etc.) y el interés de cada período, formado con la suma del tipo de referencia (que ha de ser público, objetivo y neutral) más el diferencial (una diferencia en puntos respecto al primero). El problema mencionado en el texto se plantea sólo respecto al tipo de referencia.

<sup>207</sup> Como muestra cumplidamente RAPOSO FERNÁNDEZ, cit.

<sup>208</sup> P. ej., S. AP Valencia 1-1-95, y mi comentario en *Poder Judicial*, 39, 1995, pp. 487-96. Naturalmente, el supuesto de hecho, una promesa de venta sin mención expresa de precio, era más complejo y ofrecía más soporte a la decisión del tribunal que la proporcionada por los argumentos que invocaba.

<sup>209</sup> En el caso francés los contratos eran de tracto sucesivo realizados bajo la ley anterior y ejecutados primero al amparo de una y después al de la otra, y en el español una compraventa de inmueble realizada bajo la vigencia de la ley anterior. La norma sobre gasolinerías sufrió una abrogación total que privó al contrato de toda referencia, mientras que las normas sobre VPO no han modificado —y continúan sancionando— el establecimiento de precios superiores a la tasa, que también sigue existiendo: sólo cambió la posición del Tribunal Supremo sobre los efectos civiles de su incumplimiento, es decir, a si procedía o no la nulidad parcial del contrato.



BIBLIOGRAFÍA FRANCESA CITADA <sup>210</sup>

- AYNÈS, Laurent, «Indétermination du prix dans les contrats de distribution: comment sortir de l'impasse?», en *D.* 1993, Chron., pp. 25-27.
- «La détermination du prix dans les contrats de distribution automobile», en *Droit et pratique du commerce international*, 18, 1992-4, pp. 543-48.
- *D.* 1995, pp. 122-124. [SS. 29-11-94].
- *D.* 1996, pp. 13-21. [SS. 1-12-95].
- BARRET, Olivier, voz «Vente», *Recueil Dalloz*, §§ 484-491 (févr. 1995).
- BOULOC, *RTD com.*, 1994-4, pp. 768-69. [S. 5-4-94].
- *RTD com.*, 1995-2, pp. 464-65. [SS. 29-11-95].
- *RTD com.*, 1995-4, pp. 833-34. [S. 21-2-95].
- *RTD com.*, 1996-2, p. 316. [SS. 1-12-95].
- COLIN, Ambroise/CAPITANT, Henry, *Curso elemental de Derecho Civil*, Reus, Madrid, 1943.
- COLLART DUTILLEUL, François/DELEBECQUE, Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, Paris, 1991.
- CORBISIER, Isabelle, «La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises, réflexions comparatives», en *RIDC*, 1988, pp. 801 ss.
- «La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Europe», en *RAE*, núm. 3, 1993, pp. 27-40.
- DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 2.<sup>a</sup> ed., 1696.
- *Droit et pratique du commerce international*, 1992, 18, núm. 3.
- FERRIER, Didier, «La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif», *D.* 1991, Chron., pp. 237-40.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, «L'indétermination du prix», en *RTD civ.*, 1992-2, pp. 269-303.
- GASTINEL, Eric, *EBLR*, 1995, 6, 10, pp. 239-40. [SS. 29-11-94].
- *EBLR*, 1996, 7, 8-9, pp. 193-94. [SS. 1-12-95].
- GHESTIN, Jacques, *D.* 1972, pp. 353-59. [SS. 27-4-71 y 5-11-71].
- «L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre)», *D.* 1973, Chron., pp. 293-98.
- *JCP*, 1986. II. 20622. [S. TA Paris, 2-5-86].
- *D.* 1993, pp. 379-84. [SS. 5-11-91, 19-11-91 y 23-2-93].
- *Traité de Droit Civil. La formation du Contrat*, LGDJ, Paris, 3.<sup>a</sup> ed., 1993.
- *JCP*, 1995. II. 22371, pp. 35-39. [SS. 29-11-94].
- *JCP*, 1996. II. 22565, pp. 21-34. [SS. 1-12-95].
- GHESTIN, Jacques/BILLIAU, Marc, *Le prix dans les contrats de longue durée*, LGDJ, Paris, 1990.

<sup>210</sup> Me ha parecido conveniente facilitar una lista con toda la bibliografía francesa citada. Cuando se trata de un comentario de sentencia incluyo la fecha de ésta entre corchetes. Los textos de las sentencias se pueden encontrar en los comentarios aparecidos en *D.*, *JCP* y *CCC*. Los precedentes de *RTD civ.*, *RTD com.* y *EBLR* son notas de actualidad más breves.

- HATOUX, «La portée des arrêts non publiés de la Cour de cassation en matière civile», communication, 15 déc. 1993.
- HEMARD, Jean, *RTD com.*, 1966, pp. 104-106. [S. TA Paris 26-1-66].  
 — *RTD com.*, 1966, pp. 637-38. [S. TA Paris 11-7-66].  
 — *RTD com.*, 1968, pp. 748-50. [S. TA Paris 25-6-68].  
 — *RTD com.*, 1970, pp. 763-64. [S. TA Grenoble 12-3-69].
- JAMIN, Christophe, reseña a la tesis de David BOULANGER *L'indétermination de l'objet pécuniaire des contrats engendrant vente de marchandises*, publicada en *RTD civ.*, 1995-2, pp. 468-69.  
 — Comentario al libro de FERRIER *Droit de la distribution*, publicado en *RTD civ.*, 1996-2, pp. 518-20.
- JEOL, «Les contrats de distribution commerciale et la détermination du prix: un nouveau Yalta», *D.* 1991, p. 175. [S. 22-1-91].
- JESTAZ, Philippe, «Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à un autre», *RTD civ.*, 1996-2, pp. 299-312.
- LEVEUR, Laurent, «Des contrats-cadres en matière de distribution et l'exigence de détermination du prix: le reflux et ses limites», *CCC*, Mai 1991, pp. 1-3. [SS. 22-1-91 y 12-2-91].  
 — «Les conséquences de la nullité por indétermination du prix des contrats-cadres de distribution», *CCC*, novembre 1992, pp. 1-3. [SS. 23-6-92].  
 — *CCC*, juillet 1993, núms. 129 y 130. [SS. 16-2-93, 23-2-93, 9-3-93].
- MALAUURIE, Phillipe/AYNÈS, Laurent, *Cours de Droit Civil. Les contrats spéciaux*, Cujas, Paris, 9.<sup>a</sup> ed., 1995.
- MAZEAUD/CHABAS/JUGLART, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, Paris, 1987, III-2.
- MESTRE, Jacques, *RTD civ.* 1994-3, pp. 599-601. [SS. 2-11-93, 30-11-93 y 9-2-94].  
 — *RTD civ.*, 1995-2, pp. 358-60. [SS. 29-11-94].  
 — *RTD civ.*, 1995-3, pp. 620-21. [S. 23-5-95].
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barón de, *De l'esprit des lois*, Garnier, Paris, 1949, 2 vols.
- POTHIER, Robert Joseph, *Tratado del contrato de venta*, Atalaya, Buenos Aires, 1948.
- POLLAUD-DULIAN, Frédéric/RONZANO, Alain, «Le contrat-cadre, par delà les paradoxes», en *RTD com.*, 1996-2, pp. 179-210.
- SEFTON-GREEN, Ruth, «La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Droit Anglais», en *RAE*, núm. 3, 1993, pp. 41-48.
- STRAUCH/NEUMANN, «La détermination des prix et autres prestations en droit allemand des contrats», *DPCI*, 1980, pp. 133-47.
- TALLON, Denis (dir.), *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, Ed. Pedone, Paris, 1989.
- THREARD, Jean, *En toute franchise et sans concession*, Presses du management, Paris, 1989.